



HAL
open science

Les difficultés juridiques suscitées par la Religious Freedom Restoration Act

Mathilde Joseph

► **To cite this version:**

Mathilde Joseph. Les difficultés juridiques suscitées par la Religious Freedom Restoration Act. Droit. 2020. dumas-03035953

HAL Id: dumas-03035953

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03035953>

Submitted on 2 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

MEMOIRE DE RECHERCHE

Les difficultés juridiques suscitées par la Religious Freedom Restoration Act

Par Mathilde JOSEPH

Directeur de mémoire : Julien BOUDON



**UNIVERSITÉ
DE REIMS
CHAMPAGNE-ARDENNE**

Année universitaire 2019-2020

Les difficultés juridiques suscitées par la Religious Freedom Restoration Act

Présenté par Mathilde JOSEPH

Sous la direction du Professeur Julien BOUDON

Mémoire présenté le 28 septembre 2020

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier M. Julien Boudon d'avoir accepté de diriger ce mémoire de recherche, mais également pour ses conseils avisés.

Je remercie également ma famille et mes amis pour leur soutien.

Sommaire

Partie 1 : La RFRA, facteur de divisions au sein des groupes sociaux

Chapitre 1 : La RFRA ou une protection bancale des minorités religieuses

Section 1 : Une protection différenciée des groupes religieux

Section 2 : Le cas particulier des croyants en prison et à l'armée : une application de la norme RFRA en demi-teinte

Chapitre 2 : La discorde issue de l'application (ou non) de la RFRA aux tiers

Section 1 : La RFRA, un facteur de discrimination dans le cadre de la révolution sexuelle

Section 2 : La mise à l'écart des « non-croyants » par la non-reconnaissance de leur conscience

Partie 2 : La RFRA, un frein contesté au développement des politiques publiques

Chapitre 1 : Un mécanisme facteur d'incertitudes pour l'intégrité des politiques publiques

Section 1 : Les politiques publiques face à la normalisation de préceptes religieux par la RFRA

Section 2 : Une application de la RFRA favorisant l'altération de l'action gouvernementale

Chapitre 2 : La contestation doctrinale et politique de la RFRA : une volonté de réformer un régime conflictuel

Section 1 : Une modification de la RFRA envisagée mais complexe

Section 2 : Une volonté de revenir en arrière : la neutralité formelle

Liste des abréviations

ACA : Affordable Care Act

AIRFA : American Indian Religious Freedom Act

BGEPA : Bald and Golden Eagle Protection Act

DoD : Department of Defense Directive

DoDI : Department of Defense Instruction

HHS : United States Department of Health and Human Services

NAGPRA : Native American Graves Protection and Repatriation Act

NHPA : National Historic Preservation Act

RFRA : Religious Freedom Restoration Act

RLUIPA : Religious Land Use and Institutionalized Persons Act

SBNR : Spiritual but not religious

INTRODUCTION

« Avec la RFRA, une Nation créée par des immigrants en quête de liberté religieuse a renouvelé son engagement d’être un sanctuaire perpétuel pour toutes les confessions » (Kimberlee Wood Colby)¹

La *Religious Freedom Restoration Act*² permet aux croyants religieux d’obtenir une exception religieuse à l’application d’une loi portant atteinte à leurs préceptes religieux. Ce terme « exception » recouvre deux notions : les aménagements et les exemptions religieuses. Ils représentent tous deux une possibilité de déroger à l’application intégrale d’une loi ou d’un règlement. Pour les premiers, il s’agit d’une modification spéciale de la règle juridique litigieuse permettant à la fois de protéger la liberté religieuse des croyants, mais également de permettre le maintien de l’application de cette norme juridique, modifiée, à cette catégorie de personnes. A l’inverse, l’exemption religieuse peut être définie comme la possibilité accordée à certains religieux d’échapper à l’application d’une loi, ou autrement dit « *l’acte par lequel une autorité affranchit un sujet de droit d’une obligation qui lui incomberait normalement ou le soustrait au régime ordinaire qui lui serait applicable* »³. Ainsi, dans le premier cas, la loi reste applicable même si elle a perdu une part de son intégrité en raison de cette modification permettant le libre exercice des croyances et pratiques religieuses, alors que dans le second cas cette loi est considérée comme étant nulle pour le membre d’une confession religieuse. Les exemptions religieuses sont mises en œuvre pour un large éventail de lois dans un certain nombre de domaines, c’est la raison pour laquelle elles sont plus nombreuses ; pour les aménagements, ou adaptations, ils sont appliqués pour des contextes plus étroits, et donc plus exceptionnels⁴. Néanmoins, ces deux types d’exception religieuse seront tous deux abordés dans cette étude comme ils sont au cœur de la loi RFRA car ils subordonnent l’Etat aux convictions et pratiques religieuses⁵, et donc plus largement à la liberté religieuse constitutionnellement garantie.

¹ Kimberlee Wood Colby, "The 20th Anniversary of the Religious Freedom Restoration Act" *Journal of Christian Legal Thought*, vol. 4, no. 1, printemps 2014, pp. 12-14

² *Religious Freedom Restoration Act* (Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488), promulgué le 16 novembre 1993 (voir Annexe 1)

³ Gérard Cornu, « exemption », *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e édition, 2014, p. 432

⁴ Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, "Against the New Puritanism : Empowering All, Encumbering None", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *Debating Religious Liberty and Discrimination*, Oxford University Press, 2017, p. 121

⁵ Frederick Mark Gedicks, "Exemptions religieuses, neutralité et laïcité" in *La conception américaine de la laïcité*, sous la direction d’Elizabeth Zoller, Dalloz, 2005, p. 179

En effet, la *Religious Freedom Restoration Act*, adoptée par le Congrès américain et promulguée le 16 novembre 1993, vient protéger l'exercice religieux des citoyens des Etats-Unis, défini comme « *tout exercice de religion, qu'il soit ou non contraint par un système de croyance religieuse ou au centre de celui-ci* »⁶. Mais la protection de la liberté religieuse n'est pas née dans cet Etat fédéral avec la RFRA, celle-ci s'inscrit dans l'histoire de ce pays, vieille de plus de 200 ans. Les pères fondateurs ont entendu protéger la religion en général en inscrivant au sein du Bill of Right « *le Congrès n'adoptera aucune loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice* ». La première partie de cette phrase correspond à ce qui est appelé la clause d'établissement qui interdit tout établissement d'une religion nationale, toute discrimination à l'égard d'une religion particulière par rapport aux autres confessions religieuses, et toute discrimination entre des croyants et des non-croyants sur la base de la foi religieuse. La seconde est celle qui sera principalement abordée tout au long de cette étude, il s'agit de la règle de la liberté religieuse, autrement appelée clause de libre exercice. Ces deux normes juridiques ont été amendées en 1791 et forment le Premier Amendement de la Constitution américaine (accompagnées des règles juridiques relatives à la liberté d'expression, à la liberté de la presse, à la liberté de se réunir pacifiquement et au droit d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis). Ce n'est pas pour rien que les *Founding Fathers* ont placé ces deux normes au sommet des différents amendements que contient la Constitution, et plus particulièrement en première ligne du Premier Amendement. C'est en grande partie pour effacer le passé intolérant envers les religions minoritaires que les Etats-Unis ont connu au sein des Treize Colonies avant la Révolution américaine. Par exemple, les propriétaires d'esclaves américains ont eu la possibilité de forcer leurs esclaves à renoncer à leur religion africaine. Dans la colonie du Massachusetts, les Quakers ont été interdits de séjour, ils avaient l'obligation de quitter le territoire de la colonie (et cette persécution avait des conséquences regrettables car si un membre de cette confession religieuse ne respectait pas cette interdiction de séjour, au bout de la quatrième fois il devait être exécuté). Dans la colonie de Virginie, dans les années 1770, il y a eu une forte persécution des Baptistes, qui a conduit à l'arrestation de tout ministre de cette religion prêchant sans autorisation. Ces divers exemples non-exhaustifs permettent de comprendre pourquoi les pères fondateurs avaient à cœur de protéger la liberté religieuse au travers du Premier Amendement afin d'en finir avec la répression religieuse qui existait à

⁶ *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (Public Law 106–274, codified as 42 U.S.C. § 2000cc et seq.), promulgué le 22 septembre 2000

l'époque de la Nouvelle-Angleterre. Et cette volonté de protection des préceptes et activités religieuses est toujours actuelle. Cela peut être vu au travers de l'adoption de la RFRA.

En effet, avec cette loi de 1993, ce sont à la fois les croyances et les pratiques religieuses qui sont protégées et qui peuvent nécessiter la mise en œuvre d'aménagements ou d'exemptions pour les croyants et pratiquants si une loi ou un règlement nuit à ces deux composantes essentielles d'une religion. Il est intéressant de noter que cette protection étendue à ces deux éléments est assez récente, les juristes considérant qu'elle date des années 1960 et 1970 avec les décisions *Sherbert v. Verner*⁷ et *Wisconsin v. Yoder*⁸. Antérieurement, les juges considéraient que la pratique religieuse ne bénéficiait pas de la même protection que les croyances confessionnelles. C'est notamment ce que la Cour Suprême a décidé dans sa jurisprudence *Reynolds v. United States*⁹. Seules les croyances bénéficiaient d'une haute protection car les lois et règlements ne peuvent y porter atteinte sans violer la liberté religieuse, à l'inverse les autorités publiques étaient beaucoup plus libres de violer des pratiques religieuses afin de mettre en œuvre leurs politiques publiques, les activités religieuses ne bénéficiant donc pas du même niveau de protection que les croyances religieuses. Douglas Laycock est un professeur extrêmement favorable à la RFRA en ce qu'elle permet une véritable protection de la liberté religieuse de toutes les confessions¹⁰, et il considère que le droit relatif au libre exercice renvoie à la liberté de croire, de parler de sa religion et de pratiquer une religion, et sans cela la liberté religieuse serait creuse (croire sans pratique reviendrait à la conception de la liberté religieuse qu'Oliver Cromwell a mis en place pour les Catholiques en Irlande afin de réprimer cette religion)¹¹.

La question de la liberté religieuse de tout individu est essentielle car celui-ci peut considérer que, pour des raisons divines ou transcendantes liées à ses croyances, il doit mener certaines activités positives (rituels, prières, porter un signe ou un vêtement religieux, se laisser pousser la barbe, etc.) ou négatives (ne pas manger tels aliments, ne pas se couper les cheveux, ne pas tuer, etc.). La religion est d'une importance capitale pour tout individu religieux, elle a pour but de régir tous les domaines de sa vie. Ce qui n'est pas sans conséquence pour les normes juridiques adoptées par le législateur américain (qui lui aussi doit légiférer différents aspects de

⁷ Cour Suprême, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)

⁸ Cour Suprême, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)

⁹ Cour Suprême, *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878)

¹⁰ Douglas Laycock, "The Religious Freedom Restoration Act", *Brigham Young University Law Review*, vol. 1993, no. 1, 1993, pp. 221-258

¹¹ Christopher Hill, *God's Englishman: Oliver Cromwell and the English Revolution*, in Douglas Laycock, "Religious Liberty and the Culture Wars", *University of Illinois Law Review*, 2014, no. 3, pp. 839-880

l'existence de ses citoyens), surtout qu'une large partie de la population des Etats-Unis est religieusement croyante. Cela amène à un risque plus grand et plus fréquent pour celle-ci d'une fragmentation de soi¹² car d'un côté elle devra faire face à des obligations religieuses essentielles pour le salut de son âme, son devenir après sa mort ou dans sa vie actuelle, et de l'autre elle a le devoir de respecter des obligations temporelles, adoptées par des organes séculiers et dont la désobéissance peut amener à des sanctions telles que des amendes, voire de l'emprisonnement. Face à ce dilemme cornélien pour les religieux américains, le Congrès a entendu leur assurer une certaine protection de leur liberté religieuse et donc leur permettre de préserver leurs croyances et la continuité de leurs pratiques religieuses par le biais de la RFRA.

Cette loi de 1993 vient protéger toute croyance ou activité religieuse sincère substantiellement atteinte par une loi ou un règlement. Leur possesseur pourra obtenir un aménagement ou une exemption en raison de ses préceptes religieux, à moins que l'Etat ne prouve que la mesure juridique litigieuse a un intérêt impérieux (*compelling interest*) et qu'elle met en œuvre le moyen le moins restrictif (*least restrictive means*) pour la liberté religieuse afin d'atteindre ce but. Cette règle s'applique indifféremment selon que la loi attaquée soit ou non neutre et d'application générale (c'est-à-dire qu'elle ne vise pas spécifiquement une religion donnée ou la religion en générale pour lui nuire ou l'avantager, ce qui serait également contraire à la clause d'établissement). Cet examen consacré par la RFRA serait issu des jurisprudences *Sherbert* et *Yoder* précédemment citées, il s'agit d'un contrôle strict (*strict scrutiny*) qui est opposé à la méthode d'analyse de principe prescrite par la décision *Employment Div. v. Smith*¹³ pour les lois neutres d'application générale. Pour comprendre ces différences d'interprétation de la liberté religieuse et de sa protection, il faut avant tout comprendre les différents degrés de contrôle que les juges américains peuvent mettre en place dans le cadre de la protection des droits et libertés constitutionnels. Tout d'abord, le premier niveau de contrôle, celui qui est le moins attentatoire pour l'action gouvernementale est le test de base rationnelle (*rational basis test*). Ce contrôle minimum permet à une loi ou à règlement d'être considéré comme valide au regard de la constitution si l'autorité publique prouve l'existence d'un intérêt gouvernemental légitime rationnellement lié à la norme juridique contestée. Il s'agit là du niveau de contrôle le plus bas car un simple intérêt légitime est suffisant, c'est la méthode d'examen de principe que la jurisprudence *Smith* souhaitait mettre en œuvre dans le cadre de la protection de la liberté religieuse. A un degré au-dessus, se situe le contrôle intermédiaire (*intermediate scrutiny*).

¹² Ryan T. Anderson et Sheris Girgis, "Against the New Puritanism : Empowering All, Encumbering None", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 126

¹³ Cour Suprême, *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

Cette fois-ci l'Etat devra prouver que la mesure litigieuse a pour but de satisfaire l'intérêt général. Ce critère est beaucoup plus sévère que la preuve d'un simple intérêt légitime, moins d'intérêts pourront être retenus comme répondant à cette notion d'intérêt général, mais ils seront toujours plus nombreux que ceux qui seront acceptés dans le cadre du dernier type de contrôle qui est le plus ferme. Il s'agit du contrôle strict, notamment consacré par la RFRA pour la protection de la liberté religieuse, et qui exige un intérêt impérieux pour que la loi ou le règlement soit considéré comme valide.

La jurisprudence *Sherbert* a été mise en œuvre par la Cour Suprême en 1963, et jusqu'en 1990, elle est considérée comme ayant institué un haut niveau de protection pour la liberté religieuse durant toute cette période, notamment au moyen d'un *strict scrutiny* applicable à toutes les lois, qu'elles soient ou non neutres et d'application générale. Par la suite, la Cour a consacré au travers de sa décision *Smith* l'application de principe du *rational basis test* pour l'examen des lois neutres et d'application générale. Cela fut vivement contesté par la doctrine américaine mais également par les acteurs politiques et les institutions religieuses. Certains voyaient cette règle jurisprudentielle comme une mise à mort de la liberté religieuse, une forme d'abrogation de cette clause constitutionnelle. Le professeur Laycock expliquera même que « dans une nation dont on dit qu'elle a été fondée pour la liberté religieuse, *Smith* signifie que les américains vont souffrir en raison de leur conscience »¹⁴. Ce raz-de-marée de protestations à l'égard de la décision *Smith* et de son contrôle minimum a amené à un incroyable consensus au sein du pays afin de consacrer un haut niveau de protection pour la liberté religieuse si chère aux cœurs des américains. C'est ainsi que la RFRA est devenue la norme de la cohésion de groupe en permettant l'union entre les républicains et les démocrates, les deux principaux partis politiques pourtant rivaux, au sein du Congrès. Cette situation est tellement exceptionnelle qu'elle a amené le Président Bill Clinton à s'exclamer : « *Le pouvoir de Dieu est tel que même au sein du processus législatif des miracles peuvent arriver* »¹⁵. La RFRA a donc été adoptée au bout de quelques mois de procédure législative avec un très large consensus (adoptée à l'unanimité au sein de la Chambre des représentants, et à 97 voix contre 3 au Sénat).

Cette disposition législative était d'ailleurs considérée comme étant une norme à valeur constitutionnelle, étant donné qu'elle n'est qu'une simple interprétation du Premier amendement et venant uniquement expliquer comment l'appliquer. Mais la décision *City of Boerne v. Flores*¹⁶ est venue reléguer cette mesure à un simple rang législatif fédéral. Cette loi

¹⁴ Douglas Laycock, "The Religious Freedom Restoration Act", *op. cit.*

¹⁵ In John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 16

¹⁶ Cour Suprême, *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997)

de 1993 est contraire au Quatorzième Amendement de la Constitution, et donc elle est invalide constitutionnellement dans son application aux Etats (mais elle reste valide et applicable au niveau fédéral). Cet amendement vient mettre en œuvre la protection égale des droits et libertés, garantis au niveau fédéral, au niveau fédéré. Le Congrès considérait qu'il était en mesure d'adopter la disposition législative de 1993 et de la rendre applicable aux Etats sur le fondement de la 5^e section de cet amendement qui dispose que « *le Congrès aura le pouvoir de donner effet aux dispositions du présent article par une législation appropriée* ». Cependant, la Cour Suprême a considéré qu'« *on ne peut pas dire qu'une législation qui modifie le sens de la clause de libre exercice applique la clause. Le Congrès n'applique pas un droit constitutionnel en changeant ce qu'est le droit* ». Ainsi, ce n'est pas parce que la RFRA donne une interprétation de la liberté religieuse constitutionnelle en lui donnant un cadre d'examen défini, qu'elle est obligatoirement rattachée à la clause de libre exercice et donc applicable aux Etats. C'est ainsi que la RFRA est considérée comme une simple disposition à valeur législative applicable seulement au niveau fédéral (même si la majorité des Etats ont par la suite adopté cette norme au niveau fédéré).

Il est intéressant de noter qu'à partir de ce moment, la RFRA a perdu de sa superbe. D'une part, cette décision a amené à des différences en termes d'application de cette norme, alors même que son but était de généraliser le contrôle strict pour toutes les demandes d'aménagement ou d'exemption religieux afin notamment de protéger les minorités religieuses. D'ailleurs concernant ce dernier point, la protection des croyances et pratiques religieuses minoritaires était l'un des éléments qui a convaincu une grande partie des démocrates de se rallier aux républicains, largement conservateurs et très proches des religions majoritaires souhaitant également obtenir cette protection. Cependant, ce consensus entre les progressistes et les conservateurs a volé en éclat, les premiers ayant remarqué que la RFRA ne permettait pas une véritable protection pour les religions minoritaires, à l'inverse des religions *mainstream*. Des dissensions se sont donc formées au sein du Congrès en raison de cette règle juridique qui pourtant pouvait être considérée à l'origine comme une loi de réunification entre les deux camps politiques. Ce phénomène de division a été clairement remarqué à la suite de la décision *City of Boerne v. Flores* lorsque les républicains ont proposé de recréer une nouvelle disposition reprenant la norme RFRA et de faire en sorte que cette fois-ci elle ne soit pas déclarée comme inconstitutionnelle dans son application au niveau fédéré. Cependant, les démocrates ont rejeté cette proposition. Le conflit entre ces deux groupes a été tel qu'il a été impossible de mettre en œuvre une nouvelle disposition générale afin de remplacer la RFRA. La seule mesure qui a réussi à être adoptée au prix de grands efforts est la RLUIPA, une règle juridique reprenant la

norme RFRA afin de l'appliquer au niveau fédéral et fédéré mais dans des contextes extrêmement étroits.

Ainsi, la loi de 1993 était présentée à ses débuts comme une norme fédératrice entre toutes les composantes de la population américaine ayant chacune pour volonté de protéger au maximum la liberté religieuse. Cependant, des divergences sont apparues au sein du Congrès fédéral, puis à d'autres niveaux de la société américaine, touchant même des communautés non-religieuses, tierces. C'est la raison pour laquelle il est possible de se demander si la RFRA, issue d'un véritable consensus, amène dans sa mise en œuvre à une fracture.

La réponse à ce questionnement est malheureusement positive. Cette norme a pour conséquences d'amener à de graves divisions sociétales (Partie 1) qui sont d'ailleurs exacerbées en raison du frein à l'établissement de certaines politiques publiques progressistes que constitue la RFRA, au point que plusieurs voix se font entendre demandant une profonde réforme de cette règle juridique (Partie 2).

Partie 1 : LA RFRA, facteur de division au sein des groupes sociaux

La RFRA a été adoptée à l'heure où de nouvelles communautés au sein de la société ont fait leur apparition. Certaines sont issues de pays étrangers et ont fui en raison de la guerre ou de crises économiques. Elles emportent avec elles leurs cultures, et surtout leurs cultes et viennent s'ajouter à la longue liste de religions minoritaires qui fleurissent au sein de la société américaine. D'autres communautés ont émergé à la suite de révolutions dites « sexuelles » durant les années 60 et qui continuent encore aujourd'hui à faire entendre leur voix. Il s'agit des femmes et des personnes LGBT qui revendiquent l'égalité des droits et la non-discrimination à l'égard de leur groupe. Enfin, une dernière communauté est apparue également dans les mêmes années et a continué de croître dans les années 2000, il s'agit d'individus rejetant les institutions et décidant de créer eux-mêmes leurs systèmes de croyances, religieuses ou non.

Cependant, la norme RFRA a été considérée comme « l'ennemi » de ces différentes communautés, car son application par les juges vient nuire à leurs droits en privilégiant généralement, dans la résolution des litiges, les organisations religieuses, principalement celles qui sont majoritaires. On le voit au travers de la protection réduite, voire inexistante des minorités religieuses (Chapitre 1) et au regard de la revendication de certains droits par des communautés non-religieuses (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La RFRA ou une protection bancale des minorités religieuses

La population des Etats-Unis est cosmopolite, elle est extrêmement diversifiée, et c'est ce qui explique la multiplicité des religions au sein de ce territoire. Une des raisons de ce phénomène n'est autre que les vagues d'immigration que le pays a connues depuis des centaines d'années. En effet, ce pays fait figure de terre d'accueil pour les populations qui font face à l'intolérance religieuse dans leurs pays d'origine. Un des premiers exemples n'est autre que le départ des puritains vers le Nouveau-Monde pour fuir la persécution religieuse. Au XVIIe siècle, cette population religieuse a dû faire face à la restauration de la monarchie et donc le retour en force de l'anglicanisme qui a chassé le puritanisme. Et c'est ainsi que les membres de cette religion sont arrivés sur le territoire des Etats-Unis afin de pratiquer librement leurs croyances et pratiques religieuses.

Depuis, ce pays est devenu un véritable refuge que ce soit pour échapper à la persécution religieuse, ou pour des raisons économiques ou politiques (comme les migrants venant des

anciens pays soviétiques, ou des populations provenant du Moyen-Orient). Et chaque vague de migration amène avec elle des populations avec des cultures différentes, et donc des cultes différents. Ceci amène à une augmentation des minorités religieuses qu'il convient de protéger au même titre que les religions majoritaires sur le fondement de la loi de 1993.

En effet, le but premier de la RFRA, la raison principale pour laquelle elle a été adoptée, est la protection des minorités confessionnelles. Une protection qui doit être identique selon qu'il s'agisse d'une religion minoritaire ou *mainstream*, et elle doit également avoir la même force selon que le demandeur est un civil, un prisonnier ou un militaire.

Or, il existe une fracture flagrante dans cette protection. Celle-ci s'avère inégale, elle n'a pas la même force selon la religion (Section 1) ou la qualité du demandeur (Section 2), ce qui est contraire à un autre principe constitutionnel qui est l'égalité de protection.

Section 1 : Une protection différenciée des groupes religieux

La *Religious Freedom Restoration Act* a donc été créée afin de protéger les minorités religieuses face aux lois neutres d'application générale pouvant porter atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Le Congrès considérait qu'il ne pouvait offrir pour chaque croyance individuelle une exemption religieuse, car cela semblait incompatible avec les exigences du calendrier législatif. Ainsi, a été créée une garantie générale à portée universelle qui assure une protection de la liberté religieuse de tout individu, qu'il soit membre d'une religion majoritaire ou minoritaire, et qui lui garantit une exemption religieuse face à toute loi représentant un fardeau pour ses principes ou ses activités confessionnelles, à moins que l'autorité qui a adopté la norme litigieuse prouve que cette atteinte est nécessaire au nom d'un intérêt impérieux et qu'il s'agisse du moyen le moins restrictif pour la liberté.

Néanmoins, cet objectif d'apporter à toute la population de croyants une protection indifférenciée est un échec. Les pratiques propres aux religions minoritaires sont bien moins protégées que celles des religions majoritaires. Concernant les demandes d'exemptions religieuses devant le juge sur le fondement de la RFRA, il est communément admis par la doctrine que « *sous une apparence de neutralité et d'équité, les religions majoritaires sont favorisées par rapport aux religions minoritaires* »¹⁷.

¹⁷ Juge Brennan, in *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986), in Thomas Scott-Railton, "A Legal Sanctuary: How the Religious Freedom Restoration Act Could Protect Sanctuary Churches", *The Yale Law Journal*, vol. 128, no. 2, novembre 2018, pp. 254-543

Il y a cependant une petite minorité d'auteurs, comme Gregory Sisk¹⁸, qui considèrent que les religions majoritaires réussissent moins bien devant les tribunaux que les religions minoritaires. Cette opinion néanmoins est discutable, critiquable. Les résultats de l'auteur cité précédemment, datant des débuts de la mise en œuvre de la RFRA, ne semblent guère probants. Ce professeur reconnaît lui-même qu'une autre étude, celle de James Brent, a démontré que « *les demandeurs qui appartenaient aux religions catholiques et protestantes dominantes étaient plus susceptibles de gagner que les demandeurs qui appartenaient à d'autres religions* »¹⁹. L'opinion de James Brent est également celle de cette étude concernant une protection de la liberté religieuse plus forte pour les religions majoritaires, à l'inverse des croyances minoritaires. Pour reprendre les propos de Mark Tushnet, « *le schéma est que parfois les chrétiens gagnent mais les non-chrétiens ne le font jamais* »²⁰, ou très (trop) rarement.

Il convient d'aborder deux phénomènes qui nuisent à la protection des croyants issus de confessions minoritaires.

Le premier n'est autre que les préjugés et les incompréhensions que les juges ont à l'égard de certaines religions minoritaires. En effet, comme l'expliquait Luralene Tapahe²¹, la RFRA laisse beaucoup de place pour l'insensibilité judiciaire et les préjugés culturels dans la détermination d'une décision. Les juges sont bien souvent issus de confessions chrétiennes, voire plus largement de religions abrahamiques²². Et il n'est pas rare lorsqu'ils doivent décider d'exempter ou non une pratique d'une religion minoritaire, qu'ils aient une approche centrée sur leur propre religion. Les juges auront donc une vision erronée des croyances et pratiques d'une confession minoritaire, et ce qui amènera à une issue négative pour la demande d'exemption religieuse. Par exemple, comme cela fut expliqué auparavant, les religions bouddhistes sont non-théistes, et certains juges pourraient avoir du mal à comprendre cela. Par ailleurs, il est tout à fait possible qu'un juge issu d'une religion majoritaire considère comme erronée les croyances et pratiques religieuses d'un individu appartenant à la même confession

¹⁸ Gregory C. Sisk, "How Traditional and Minority Religions Fare in the Courts : Empirical Evidence from Religious Liberty Cases", *University of Colorado Law Review*, vol. 76, no. 4, 2005, pp. 1021-1056

¹⁹ James C. Brent, "An Agent and Two Principals: US. Court of Appeals Responses to Employment Division, Department of Human Resources v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act", *AM. POL. Q.*, vol. 27, pp. 236-248 in Gregory C. Sisk, *op. cit.*

²⁰ Mark Tushnet, "Of Church and State and the Supreme Court: Kurland Revisited", *Supreme Court Review*, 1989, pp. 373-381 in Hillel Y. Levin, "Rethinking Religious Minorities' Political Power", *U.C. Davis Law Review*, vol. 48, no. 5, Juin 2015, pp. 1617-1686

²¹ Luralene D. Tapahe, "After the Religious Freedom Restoration Act: Still No Equal Protection for First American Worshipers", *New Mexico Law Review*, vol. 24, no. 2, printemps 1994, pp. 331-364

²² James C. Brent, *op. cit.*

mais ayant une vision divergente concernant certaines traditions. Dans ce cas, cet individu pourrait être considéré comme étant une forme de minorité religieuse issue d'un mouvement religieux majoritaire car il ne partage pas le tronc commun des croyances et pratiques de la religion *mainstream*. Le juge pourrait ne pas comprendre cela et refuserait injustement l'exemption religieuse demandée. Ainsi, ces problèmes de compréhension et de préjugés à l'égard de certaines religions minoritaires sont une barrière culturelle (et culturelle) qui rend difficile l'examen d'une demande sur le fondement de la RFRA car les juges (et même la population des Etats-Unis dans son ensemble) sont assez peu éduqués par rapport aux différentes croyances et pratiques religieuses marginales. La protection des religions minoritaires est donc extrêmement complexe sur le fondement de la loi de 1993. Cela est visible, notamment au travers des confessions amérindiennes qui font l'objet d'une protection minimale en raison des problèmes de compréhension, de préjugés et même d'hostilité judiciaire (I). Le choix de cette communauté pour analyser ce phénomène néfaste pour les minorités religieuses est intéressant, car c'est cette communauté qui était visée dans l'affaire *Smith* de 1990 et qui a amené 3 ans plus tard à l'élaboration de la RFRA. Il est donc normal de voir que malgré cette loi et son but de protection des religions minoritaires, c'est un échec pour une confession religieuse qui pourtant avait été la cible de l'idéologie concurrente de la RFRA. Par ailleurs, cette communauté religieuse est également une minorité qui est connue pour avoir été victime de discrimination tout au long de l'histoire des Etats-Unis, et la RFRA est incapable d'inverser cette tendance au niveau de la protection par les juges de la liberté religieuse.

Le second phénomène qu'il convient d'aborder est l'absence d'une définition claire et précise de la religion. La RFRA ne définit pas ce terme, et laisse aux juges la possibilité de le faire. Cependant, la Cour Suprême n'a, elle aussi, jamais voulu définir cette notion. Cela s'explique facilement car en la définissant il y a toujours le risque d'y exclure certaines croyances qui s'avèrent, ou s'avèreront, être religieuses mais que les juges n'avaient pas imaginé en proposant leur interprétation de ce terme. Cependant, en refusant de définir la « religion », ce que les juges cherchaient à éviter s'est finalement produit car certaines pratiques sont écartées de la protection de la liberté religieuse offerte par la RFRA puisque les différentes juridictions les considèrent, à tort, comme n'étant pas religieuses. C'est le cas notamment pour ceux qui se considèrent comme étant « *spiritual but not religious* » (II).

I- Une protection minimale pour la communauté amérindienne

Comme l'expliquait Clinton Oxford, il y a eu des tentatives pour éradiquer la spiritualité des Indiens d'Amérique. Tout au long de son histoire, les Etats-Unis par le biais de son gouvernement ont entretenu des relations tumultueuses avec les populations amérindiennes. Il y eut des tentatives pour restreindre l'exercice religieux de ces communautés pour les assimiler à la culture dominante. Aujourd'hui, il semble que ce conflit entre le gouvernement américain et les peuples indigènes d'Amérique soit apaisé²³, néanmoins il a laissé des traces encore visibles dans les esprits de la population, et c'est ce qui pourrait expliquer en partie pourquoi les juges sont si peu enclins à protéger la liberté religieuse des *Native Americans* de la même manière qu'ils protègent celle de tout autre religieux lambda.

Il est vrai qu'au premier abord, il peut sembler excessif d'affirmer que la liberté religieuse des amérindiens est profondément discriminée par rapport à celles des autres religieux. Certes, le juge a pu valider l'interdiction du port de plumes d'aigles (nécessaires pour les rites religieux et les prières adressées au Grand Esprit)²⁴, mais également l'interdiction du peyotl (une espèce de petits cactus aux effets hallucinogènes utilisé lors de rituels)²⁵, malgré cela certains pourraient considérer que le juge n'a pas à valider toutes les demandes d'exemption religieuse car la liberté religieuse n'est pas devenue une liberté totalement absolue par le biais de la RFRA. Néanmoins, il faut constater que les Amérindiens sont une communauté dont la liberté religieuse est la plus fragilisée et la moins protégée, ce qui peut amener à des dommages considérables sur leur religion en elle-même, et qu'aucune des lois adoptées par le Congrès (qui avaient pour certaines comme unique but d'aider cette population vis-à-vis de son exercice religieux) n'a véritablement pu leur venir en aide car les juges leur sont hostiles.

En effet, une partie de la doctrine, dont Celeste Wilson²⁶, considère que les multiples lois prises par le Congrès pour venir en aide au libre exercice des préceptes religieux des peuples indigènes sont un échec car elles sont tout simplement inefficaces.

²³ Clinton Oxford, "Failing Native American Prisoners: RLUIPA & the Dilution of Strict Scrutiny", *Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives*, vol. 9, no. 2, automne 2017, pp. 203-220

²⁴ Ce qui a amené à l'instauration de la *Bald and Golden Eagle Protection Act* (16 U.S.C. 668-668d), promulguée le 8 juin 1940

²⁵ Comme par exemple dans la décision Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

²⁶ Celeste Wilson, "Native Americans and Free Exercise Claims: A Pattern of Inconsistent Application of First Amendment Rights and Insufficient Legislation for Natives Seeking Freedom in Religious Practice", *The Crit : A Critical Studies Journal*, 2014-2015, pp. 1-28

Il y a tout d'abord l'AIRFA adoptée le 11 août 1978²⁷. Cette norme avait pour but d'abroger toutes les lois fédérales et fédérées antérieures qui venaient interdire certaines pratiques religieuses amérindiennes. Il s'agissait d'une volonté du Congrès de réaffirmer la pleine application de la clause de libre exercice du 1^{er} Amendement aux *Natives*. Toutefois, elle est inefficace en raison de son application qui laisse penser que les problèmes liés à la liberté religieuse des Indiens d'Amérique sont résolus alors qu'en vérité ils sont simplement ignorés²⁸. Ainsi, il est toujours loisible pour les autorités gouvernementales de nuire au libre exercice des Amérindiens, les juges imposant d'ailleurs des conditions excessives aux demandeurs religieux ce qui conduit généralement à un rejet de leurs demandes de protection²⁹.

De même, la RFRA n'est pas une règle permettant efficacement de protéger la liberté religieuse des peuples indigènes d'Amérique. Elle vient tout simplement perpétuer la situation néfaste pour la liberté religieuse des Amérindiens qui existait antérieurement. Par ailleurs, comme l'explique le rapport 103-111 de la Commission judiciaire du Sénat³⁰, il était prévu que la loi de 1993 n'offrirait pas à ces tribus la capacité de contester judiciairement toute action gouvernementale portant atteinte à leurs sites sacrés (pourtant au cœur de leurs religions). Même la RLUIPA, une loi cadette adoptée suite à *City of Boerne v. Flores*³¹ qui venait réaffirmer la norme RFRA mais dans un cadre beaucoup plus restreint (notamment l'utilisation religieuse des terres) et souvent invoquée lors de litiges de manière complémentaire, n'a pu protéger les pratiques religieuses des Amérindiens relatives à leurs sites sacrés.

Ainsi, aucune loi relative à la protection de la liberté religieuse, qu'elle soit spécifique aux tribus indigènes ou plus générale, n'a permis de protéger efficacement le libre exercice de ces communautés. Cela est clairement visible au travers de la jurisprudence relative à l'utilisation gouvernementale des terres sacrées qui porte une atteinte considérable aux pratiques religieuses des Amérindiens, mais plus encore à l'essence même de leurs religions.

²⁷ *American Indian Religious Freedom Act* (Public Law No. 95-341, 92 Stat. 469), promulguée le 11 août 1978

²⁸ Celeste Wilson, *op. cit.*

²⁹ Comme par exemple dans la décision du Tribunal du District de Columbia, *Wilson v. Block*, 708 F.2d 735 (D.C. Cir. 1983) où le demandeur devait prouver que l'utilisation des terres sacrées par le gouvernement nuisait à sa pratique religieuse qui ne pouvait être mise en œuvre dans un autre endroit (c'est quasiment impossible à prouver) ; autre exemple avec la décision de la Cour Suprême, *Lyng v. Northwest Indian Cemetery*, 485 U.S. 439 (1988) dans laquelle le juge alourdit le critère du « fardeau substantiel » rendant impossible à contester certaines atteintes à l'exercice religieux des Amérindiens

³⁰ Senate Report No. 103-111 (27 juillet 1993), accompagnant le projet de loi RFRA

³¹ Cour Suprême, *City of Boerne v. Flores*, précité

Dans l'affaire *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*³², c'est la construction d'une route traversant une forêt sacrée qui a posé un problème pour la religion amérindienne. Le juge a décidé que cette infrastructure ne violait pas le 1^{er} amendement et la clause de libre exercice car elle n'imposait pas un fardeau substantiel pour les pratiques religieuses des tribus locales. En effet, selon la Cour Suprême, pour que les pratiques religieuses soient considérées comme substantiellement atteintes, il fallait que leur respect entraîne soit une sanction de la part du gouvernement (comme des amendes ou de l'emprisonnement), soit le refus d'un avantage que les demandeurs avaient en principe le droit d'obtenir. La haute juridiction a jugé que la construction de cette route ne constituait qu'une simple nuisance, et non pas un fardeau substantiel, alors la demande des Amérindiens a été rejetée. Cette décision est néfaste pour la religion de ces communautés. Et il aurait été possible d'espérer que la RFRA efface une telle jurisprudence, consacre pleinement la liberté religieuse des peuples indigènes américains et la possibilité de protéger leurs terres sacrées contre toute action gouvernementale qui serait dommageable pour leurs pratiques religieuses, plus largement pour leurs religions en elles-mêmes. Cependant, comme son nom l'indique, la RFRA cherche à « restaurer » la protection de la liberté religieuse telle qu'elle était auparavant. Ainsi, pour les religions amérindiennes, la situation a été restaurée telle qu'elle était avant la jurisprudence *Smith*. Ce qui peut être constaté à travers la jurisprudence *Navajo Nation v. United States Forest Service*³³. Dans les faits, les Pics de San Francisco sont des sommets montagneux au cœur des croyances et pratiques religieuses de plusieurs tribus amérindiennes locales. Mais c'est également un lieu touristique et économique, c'est à cet endroit que se situe la station de ski *Snowbowl*. Le Service des forêts des Etats-Unis, propriétaire de ces terres, constate que la station de ski a perdu une partie de ses revenus en raison de la diminution des chutes de neige. C'est la raison pour laquelle il souhaite l'expansion de la station et l'utilisation d'eaux usées recyclées afin de produire de la neige artificielle. Pour les Amérindiens, il s'agit d'une atteinte importante contre leurs pratiques religieuses, et plus largement une atteinte envers leur religion car les Pics seraient contaminés physiquement et spirituellement. Cependant, la Cour Suprême reprend la jurisprudence de l'affaire *Lyng*³⁴ en alourdissant la condition du fardeau substantiel. Elle considère donc qu'il n'y a pas une telle atteinte en l'espèce car seul 1% de la montagne sera touchée par la neige artificielle. Elle rejette alors la demande des tribus locales.

³² Cour Suprême, *Lyng v. Northwest Indian Cemetery*, 485 U.S. 439 (1988)

³³ Cour d'appel des Etats-Unis, 9e circuit, *Navajo Nation v. United States Forest Service*, 479 F.3d 1024 (9th Cir. 2007)

³⁴ Cour Suprême, *Lyng v. Northwest Indian Cemetery*, précité

Le problème résultant de cette jurisprudence est qu'elle autorise les autorités gouvernementales à nuire, non pas uniquement aux pratiques religieuses des Amérindiens, mais plus largement à leurs croyances religieuses et même leurs religions en elles-mêmes. Pour les juges, une simple nuisance ne constitue pas un fardeau substantiel à la liberté religieuse. Cependant, dans le cas des peuples religieux autochtones cela est suffisant pour « éradiquer » leur religion. En effet, l'idéologie amérindienne donne une importance particulière aux sites sacrés, ils sont assez souvent au cœur même de la religion. Ces terres sont à l'origine de la confession religieuse. Les rituels, les prières, les plantes (servant aux rites ou utilisées à des fins médicinales) sont ramassées sur ces sites, la préservation du caractère pur, vierge de ce territoire est une obligation pour chaque amérindien³⁵. Chaque site renferme selon les préceptes religieux des *Natives* un ou plusieurs esprits, c'est la raison pour laquelle ces terres sont considérées comme des « entités vivantes »³⁶. Mais à l'inverse des fleuves Te Awa Tupua en Nouvelle-Zélande, du Gange et de l'un de ses affluents, la Yamuna, en Inde, considérés respectivement par la tribu Iwu et par les hindous comme des « entités vivantes », les territoires américains évoqués précédemment ne sont pas des personnes juridiques. Cette qualification aurait permis aux territoires sacrés de la religion amérindienne de bénéficier d'une protection juridique face aux tentatives du gouvernement de nuire à leur intégrité, car les tribus auraient pu attenter des actions en justice contre les actions de l'Etat, au nom de cette terre sacrée, ayant la personnalité juridique, afin de faire valoir ses intérêts. Pourtant, ce concept de personnalisation juridique de la nature n'est pas inconnu aux Etats-Unis étant donné que certaines villes américaines ont adopté ce procédé, notamment à Dallas et à Pittsburg, afin de lutter contre l'exploitation du gaz de schiste. Par conséquent, en l'absence d'une telle reconnaissance, les territoires sacrés pour les confessions amérindiennes sont simplement considérées comme des propriétés du gouvernement dont il peut jouir à sa guise, voire porter atteinte à leur intégrité. Or, cela revient à porter atteinte aux êtres spirituels qui les habitent, et si le lieu est profané, cela peut détruire la base de la religion indigène et rendre le culte de ces sites inutiles³⁷. Ainsi, la simple construction d'une route dans la forêt litigieuse dans l'affaire *Lyng* était une profanation allant à l'encontre pas seulement des pratiques religieuses des tribus environnantes, mais à l'encontre de leurs religions elles-mêmes. C'est d'ailleurs ce qui était constaté dans le rapport *Environmental impact statement*, commandé par le Service des forêts dans l'affaire *Lyng*, qui recommandait de ne pas construire cette route à proximité des sites sacrés car les dommages qui en résulteraient seraient sévères et irréparables. Pour autant, ni le Service des forêts, ni la

³⁵ Luralene D. Tapahe, précité

³⁶ *Ibid.* ; Celeste Wilson, précité

³⁷ Celeste Wilson, précité

Cour Suprême n'ont tenu compte de ces éléments lors de la prise de décision. De la même manière, les Amérindiens avaient informé les juges que l'utilisation de cette eau « sale » risquait de contaminer le site et donc de nuire profondément à leur religion. Et là encore, les juges n'en ont pas tenu compte. Or, le fardeau que ces réglementations gouvernementales imposent aux religions amérindiennes est bel et bien substantiel. Cependant, les juges semblent incapables de le comprendre.

Il est possible de se demander si cette décision aurait eu le même résultat si les demandeurs avaient été membres d'une religion majoritaire. Il y a une forte probabilité que le juge aurait décidé d'accorder les exemptions, et surtout il n'aurait pas alourdi la condition du fardeau substantiel en sachant que c'est la religion toute entière qui serait mise en péril à cause de cela. Cependant, dans le cas des Amérindiens, les problèmes de compréhension précédemment évoqués forment une barrière qui empêche les tribunaux de comprendre pleinement les conséquences d'un tel alourdissement. En effet, les juges ont une vision judéo-chrétienne et donc abordent les demandes fondées sur la RFRA au travers de cette lunette propre à leurs religions. Ces dernières ne sont pas fixées à un point géographique donné, elles sont mobiles. Les fidèles de ces confessions religieuses pratiquent leur religion dans une église ou tout autre bâtiment spécifique, et si cette structure venait à disparaître, ces membres peuvent se déplacer pour la reconstruire et de nouveau exercer leurs croyances. Ce qui, comme cela a été évoqué précédemment, n'est absolument pas le cas des Amérindiens pour lesquels les sites géographiques représentent le cœur de leurs religions, et donc toute atteinte à ces sites doit obligatoirement être considérée comme un fardeau substantiel à leur liberté religieuse.

Ainsi, les juges sont sujets à des « *préjugés culturels et [à une] insensibilité religieuse* »³⁸ extrêmement néfaste pour la liberté religieuse des Amérindiens. En refusant les demandes de ces tribus, la Cour Suprême n'a pas seulement nuit à leurs pratiques religieuses, à la tenue de leurs rituels sacrés, etc., elle a tout simplement nuit à la religion toute entière. Les réglementations gouvernementales risquaient de porter atteinte au cœur de la religion des indigènes, ce qui signifiait que c'était à la fois les pratiques mais également les croyances religieuses qui étaient visées. Or, même sous la jurisprudence *Smith*, ô combien contestée par la doctrine américaine, une place particulière est donnée aux croyances religieuses qui sont protégées dans tous les cas par le biais d'un contrôle strict. Vu la gravité des atteintes portées aux croyances, et plus largement à la religion en elle-même, les juges auraient dû reconnaître

³⁸ Ronald J. Krotoszynski, Jr., "If Judges Were Angels: Religious Equality, Free Exercise, and the (Underappreciated) Merits of *Smith*", *Northwestern University Law Review*, vol. 102, 2008, no. 3, p. 1189 in Celeste Wilson, *op. cit.*

qu'il existait un fardeau substantiel et auraient dû demander au gouvernement de prouver que ces réglementations étaient les moyens les moins restrictifs pour satisfaire un intérêt impérieux, que ce soit sous la RFRA ou sous la jurisprudence *Smith*. Car même dans cette décision³⁹, les conclusions de la majorité des juges est discutable. En l'espèce, deux membres de la communauté amérindienne ont été renvoyé de leur poste de conseillers dans une clinique privée de désintoxication car ils avaient tous les deux consommé du peyotl, dont la possession était considérée comme un crime dans l'Etat de l'Oregon, à des fins religieuses. Les deux individus ont alors fait une demande d'indemnisation du chômage, cependant cela leur a été refusé pour le motif qu'ils ont été renvoyée pour « faute grave ». La Cour Suprême a considéré que la loi qui porte atteinte aux pratiques religieuses des deux religieux est neutre et d'application générale, elle a donc rejeté leur demande à la suite d'un contrôle souple. Néanmoins, on peut affirmer que même sous cette nouvelle règle, les juges ont fait une erreur liée à une incompréhension des préceptes religieux amérindiens. Le peyotl est considéré comme étant la base de certaines religions d'indigènes, et plusieurs communautés consomment de manière responsable cette plante hallucinogène à des fins cérémonielles depuis 1560, sa consommation en dehors des rituels est considérée comme une faute grave pour la communauté. Le peyote est non seulement au cœur de certaines religions, mais il incarne ces religions⁴⁰. Ainsi, ces réglementations étatiques venaient nuire à une pratique religieuse, mais aussi plus largement à la religion elle-même et donc à ses croyances. Donc, selon la règle *Smith*, les *Justices* auraient dû examiner ces normes au regard d'un *strict scrutiny*. Il faut conclure que les croyances religieuses amérindiennes ne sont pas aussi bien protégées que les croyances des religions majoritaires qui elles auraient bénéficié d'un contrôle strict. Par ailleurs, un autre point qui montre bien que la religion des Indiens d'Amérique est moins protégée est qu'ils n'ont pu bénéficier d'un contrôle strict en raison d'une violation de la clause de libre exercice du 1^{er} amendement et d'une violation de la clause d'égalité de protection des 5^e et 14^e amendements⁴¹ (qui oblige les individus à être traités en termes de protection des droits constitutionnels de manière égale que ce soit au niveau fédéral ou fédéré). Les juges Brennan, Marshall et Blackmun, dans leur opinion dissidente, ont considéré qu'il y avait rupture d'égalité en cas de refus d'accorder une exemption religieuse pour les Amérindiens.

³⁹ Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

⁴⁰ Robert N. Anderson, "Just Say Not to Judicial Review: The Impact of Oregon v. Smith on the Free Exercise Clause", *Iowa Law Review*, vol. 76, 1991, no. 4, p. 805 in Celeste Wilson, *op. cit.*

⁴¹ L'atteinte d'une loi ou d'un règlement à un ou plusieurs droits constitutionnellement garantis, autres que la liberté religieuse, justifiait sous la jurisprudence *Smith* l'application d'un contrôle strict

En effet, s'il existe une exemption similaire pour un autre groupe religieux, alors refuser celle-ci à une religion minoritaire peut être considérée comme discriminatoire. Or, il faut remarquer que le législateur et le juge exemptent plus facilement certaines pratiques religieuses car qu'elles font partie de la culture américaine depuis longtemps⁴², notamment parce qu'il s'agit d'activités religieuses issues de confessions majoritaires. Un des plus célèbres exemples n'est autre que le vin de messe. Ce dernier a été épargné par le *Volstead Act*⁴³, mis en place de 1919 à 1933 et qui vient durcir les règles du XVIIIe amendement relatif à la Prohibition. Ainsi, plusieurs confessions religieuses majoritaires ont pu continuer à donner à leurs fidèles de l'alcool durant cette période où le gouvernement américain a mené une véritable fronde contre la production, la distribution et la vente d'alcool. De même, la législation américaine pose un âge légal à la consommation d'alcool qui est de 21 ans, pour autant il est tout à fait possible pour un mineur de boire du vin de messe dans le cadre de plusieurs rituels de religions majoritaires. Si le vin de messe était autorisé lors de la Prohibition, et s'il est permis aux mineurs d'en boire, alors la consommation du peyotl à des fins cérémonielles devait également être autorisée au nom de la liberté religieuse et de l'égalité de protection. D'autre part, les juges Brennan, Marshall et Blackmun affirment que le peyotl à des fins religieuses ne représente aucun risque pour quiconque.

De manière générale, les confessions dominantes obtiendront plus facilement des exemptions que ce soit par le biais du législateur ou du juge, et les groupes minoritaires risquent de ne pas pouvoir bénéficier de dispenses religieuses similaires concernant des lois ou des règlements nuisant à leurs croyances et pratiques religieuses. Ce qui entraîne donc une forme de discrimination à l'égard de certains principes et activités de religions minoritaires qui ne font pas partie intégrante de la culture américaine, qui est d'ailleurs fortement influencée par les religions majoritaires. C'est ainsi que la devise des Etats-Unis est « *In God We Trust* », que les assemblées législatives s'ouvrent par des prières, ce qui est également vrai pour la Cour Suprême qui ouvre chaque session par « *God save the United States and this Honorable Court* ». Ainsi, cette référence à un Dieu et ces prières adressées à celui-ci tendent à créer, comme l'ont constaté certains auteurs, une fausse impression de consensus religieux⁴⁴. En effet, ce Dieu invoqué par certaines institutions semble se référer au Dieu des religions majoritaires ; or certaines confessions n'ont pas de divinité. Par exemple, les branches de la religion

⁴² Kent Greenawalt, "How Does Equal Liberty Fare in Relation to Other Approaches to the Religion Clauses", *Texas Law Review*, vol. 85, no. 5, avril 2007, pp. 1217-1246

⁴³ *National Prohibition Act* (Public Law 66-66, 41 Stat. 305-323, ch. 85), promulgué le 28 octobre 1919

⁴⁴ Stewart L. Harris, "Which Bible - Which God." *Appalachian Journal of Law*, vol. 12, no. 1, hiver 2012, pp. 151-[iv]

bouddhiste ne vénèrent aucun être surhumain. Ainsi, cette influence des religions majoritaires dans la culture américaine amène à une conséquence majeure et nuisible pour l'égalité de la protection de la liberté religieuse. En effet, cette omniprésence des croyances, traditions et pratiques des religions majoritaires peut amener à une incompréhension de ces mêmes éléments pour les religions minoritaires ayant des visions totalement différentes, ce qui pourrait être un frein à la protection judiciaire.

Par le biais de cet exemple relatif au peyote, il est clair que la protection de la liberté religieuse des religions majoritaires n'est pas la même que pour celle des Amérindiens. Ceci est expliqué notamment par une mauvaise compréhension des juges à l'égard des croyances et pratiques religieuses des Amérindiens. Et cette situation n'est pas exclusive aux tribus indigènes, les minorités religieuses font souvent l'objet de préjugés et d'incompréhensions nuisibles pour leurs demandes d'exemption religieuse. Par ailleurs, un autre point qui peut également affecter d'autres confessions minoritaires, il s'agit de l'hostilité de certains juges à l'égard de certaines religions, ce qui explique les différences flagrantes de jugement entre les demandes d'aménagement. Alors que les sites religieux pourtant au cœur des religions amérindiennes ne sont pas protégées par le 1^{er} amendement car le fardeau qui pèse sur eux ne serait pas considéré comme substantiel, le juge dans la décision *Pillar of Fire v. Denver Urban Renewal Authority* a considéré que « *la foi et la tradition religieuses peuvent investir certaines structures et certains sites terrestres d'une importance qui mérite la protection du Premier Amendement* »⁴⁵. Ainsi, le site abritant cette congrégation évangélique sera protégé au nom de la clause de libre exercice par le biais d'un contrôle strict car pèse sur lui un fardeau substantiel dû à des plans de rénovation urbaine ; alors que pour des raisons analogues, un site sacré amérindien ne recevra pas cette protection. Cette différence de traitement résonne comme une preuve de l'hostilité de certains juges à l'égard de la religion des Indiens d'Amérique (et surtout cette attitude va à l'encontre de la règle de l'*Equal Protection* précédemment citée).

Ainsi, la RFRA est impuissante pour protéger les religions amérindiennes face à la mauvaise compréhension des juges de leurs préceptes religieux et face à l'hostilité de certaines juridictions à l'égard des Indiens d'Amérique et de leurs traditions religieuses. La seule solution permettant de lutter contre l'incompréhension serait d'éduquer les juges sur les principes religieux amérindiens, ou tout du moins qu'ils enlèvent leurs lentilles judéo-chrétienne

⁴⁵ Cour Suprême du Colorado, *Pillar of Fire v. Denver Urban Renewal Authority*, 509 P.2d 1250 (1973)

lorsqu'ils doivent faire face à une demande d'exemption religieuse. Et ceci vaut également pour toutes les minorités religieuses issues de confessions religieuses minoritaires ou majoritaires (dans le cas d'un religieux ayant une vision différente du dogme enseigné). Autre point qui s'applique également à ces minorités, pour lutter contre l'hostilité de certains juges à laquelle elles doivent faire face, il faut un strict respect de la règle de Protection Egale pour éviter toute discrimination entre les garanties offertes aux croyances et pratiques religieuses minoritaires et majoritaires.

Il est donc regrettable que la RFRA présentée comme une loi ayant pour but de protéger les minorités religieuses ne permette pas de protéger la religion minoritaire qui avait été lésée par la décision *Smith* qui prônait une idéologie contraire. Au final, c'est le Congrès qui permet véritablement de protéger cette minorité religieuse, non pas grâce à une loi générale de protection de la liberté religieuse, mais par des lois ponctuelles accordant des aménagements ou des exemptions religieuses lorsqu'une atteinte aux croyances et pratiques religieuses revêtant une importance particulière n'a pas été contestée par les juges. C'est ainsi que le Congrès a protégé les autochtones dans l'affaire *Lyng* en déclarant ces terres comme étant une zone de nature sauvage devant être protégée (selon le *Wilderness Act*⁴⁶) empêchant ainsi la construction de la route litigieuse. En général, le Congrès est plus protecteur de la liberté religieuse des religions minoritaires que le juge. Ce dernier peine à protéger les minorités religieuses, que ce soit les minorités issus de religions traditionnelles mais également certains croyants ayant des pratiques religieuses idiosyncratiques.

II- L'absence de protection pour certaines pratiques religieuses « personnalisées »

La RFRA n'a pas défini le terme « religion » en son sein. Ceci a pour conséquence que ce sont les juges eux-mêmes qui doivent tenter de définir cette notion (car la RFRA n'a pour but que de protéger la religion, et non pas toutes les croyances qu'elles soient religieuses ou profanes). Ces tentatives jurisprudentielles de donner une définition à ce concept ne sont pas récentes. En effet, depuis les premières décisions judiciaires relatives à la liberté religieuse, les juridictions tentent de lui donner un sens. C'est ainsi que certains auteurs⁴⁷ considèrent que la Cour Suprême, dans *Reynolds v. United States*⁴⁸, consacre une définition théiste de la religion

⁴⁶ *Wilderness Act* ((Pub.L. 88-577, 16 U.S.C. ch. 23 § 1131 et seq.), promulguée le 3 septembre 1964

⁴⁷ Courtney Miller "Spiritual but Not Religious: Rethinking the Legal Definition of Religion" *Virginia Law Review*, vol. 102, no. 3, mai 2016, pp. 833-[iv]

⁴⁸ Cour Suprême, *Reynolds v. United States*, précité

lorsqu'elle reprend, sans les corriger, les propos de M. Madison qui assimile la religion au « *devoir que nous devons au Créateur* ». Et cette même juridiction valide cette interprétation dans un autre arrêt du XIXe siècle, *Davis v. Beason*⁴⁹, dans lequel elle expliquera que la religion « *fait référence aux vues que l'on a de ses relations avec son Créateur, et aux obligations qu'elles imposent de respect pour son être et son caractère, et d'obéissance à sa volonté* ». Cette conception a par la suite été étendue à d'autres systèmes de croyances religieuses non-théistes (comme les bouddhistes, les taoïstes, etc.). C'est ce qu'on déduit de la jurisprudence *Torcaso v. Watkins* de 1961⁵⁰ qui juge inconstitutionnel une loi obligeant un candidat à la fonction publique de prêter serment à Dieu pour pouvoir exercer ses fonctions. La Cour Suprême a considéré qu'il serait contraire au Premier amendement de traiter différemment les théistes et les non-théistes religieux, cela irait à l'encontre de la liberté religieuse des seconds et surtout cela serait une atteinte à la clause d'établissement. Toujours dans ce mouvement d'élargissement de la définition de la religion, la Cour Suprême a étendu la notion, dans l'affaire *United States v. Seeger*⁵¹, à toutes les croyances (religieuses ou athées) qui occupent une place similaire dans la vie d'un individu que les préceptes des membres de religions traditionnelles. Ainsi, ce n'est plus véritablement la religion qui est protégée selon cette jurisprudence mais la conscience, religieuse ou profane, qui revêt une importance particulière dans le système de croyances propre à un individu. En 1972, la Cour Suprême a décidé de freiner cet élargissement du terme « religion » et a décidé de faire un revirement de jurisprudence. Dans l'arrêt *Wisconsin v. Yoder*⁵², les juges considèrent que toutes les croyances ne peuvent faire l'objet d'une protection sur le fondement de la liberté religieuse, les choix de « *préférence personnelle* » en sont exclus. Ne sont religieux que les conceptions « *de profonde conviction religieuse, partagée[s] par un groupe organisé, et intimement lié[es] à la vie quotidienne* ».

Ainsi, avant l'adoption de la RFRA, la Cour Suprême a tenté de définir le concept de « religion ». Cependant, cette loi n'offre aucune définition de cette notion, et la Cour Suprême depuis son adoption ne semble pas encline à donner une définition claire et précise de ce terme. C'est la raison pour laquelle ce sont les juridictions inférieures qui doivent essayer de l'interpréter. Il y a différentes interprétations jurisprudentielles et chacune d'entre elle a une vision plus ou moins étendue de ce qu'est une religion. Il y a tout d'abord l'approche

⁴⁹ Cour Suprême, *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333 (1890)

⁵⁰ Cour Suprême, *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961)

⁵¹ Cour Suprême, *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965)

⁵² Cour Suprême, *Wisconsin v. Yoder*, précité

fonctionnaliste⁵³ ou littéraliste⁵⁴ qui considère qu'une religion a un rôle fonctionnel dans la vie des croyants, il s'agit du pouvoir de délimiter et d'unifier des communautés. Ainsi, une religion ne peut être que le fait d'un collectif et non d'un individu. Il ne s'agit pas de choix personnels décidés par une seule personne, mais de préceptes issus d'un groupe organisé. Cet aspect de communauté de croyants est essentiel dans cette définition, et son absence signifie que le système de croyances ne pourra pas être qualifié de religion. Cette approche est notamment celle défendue par la Cour Suprême dans *Yoder*, et qui semble être partagée par plusieurs juridictions. Une autre interprétation est celle des substantivistes⁵⁵ qui considèrent que « *la religion est un système de croyances et de pratiques communautaires relatives aux êtres surhumains* »⁵⁶. Une définition théiste de la religion est, par conséquent, favorisée. Enfin, la dernière approche que les juges peuvent adopter est celle qui peut être qualifiée d'architecte⁵⁷. Il s'agit d'une conception plus large que les précédentes interprétations, elle cherche à comprendre quels sont les points communs à chaque religion traditionnelle, et de cette analyse plusieurs critères ressortiront. Si un système de croyances remplit certaines de ces conditions (parfois une seule suffit) alors il pourra être qualifié de religion puis protégé au nom de la clause de libre exercice. C'est ainsi que Kent Greenawalt⁵⁸ a élaboré un test en se référant aux caractéristiques communes des religions traditionnelles. Selon lui, un système de croyance est une religion s'il y a une conception d'un ou plusieurs dieux, et/ou une croyance en « *un domaine spirituel qui transcende la vie quotidienne* », et/ou une vision globale du monde, et/ou des questions relatives à l'au-delà, et/ou une communication avec le divin par liturgie ou adoration, et/ou une morale, et/ou des textes sacrés. Ainsi, un système de croyances peut être qualifié de religion s'il répond à tous ces critères, mais également lorsqu'il ne réunit qu'un seul d'entre eux. Et il existe des cas de jurisprudences où les juges ont élaboré leurs propres tests. Il y a tout d'abord le tribunal de district dans l'affaire *Africa v. Commonwealth of Pennsylvania*⁵⁹ qui a proposé une approche définitionnelle par analogie (appelé aujourd'hui « test *Africa* ») et qui regarde si un système de croyances répond à trois critères permettant de déterminer l'existence d'une religion. Il faut que l'ensemble des principes soi-disant religieux « *aborde des questions fondamentales et ultimes liées à des sujets profonds et impondérables* », ensuite, il doit être

⁵³ Martin Riesebrodt, *The Promise of Salvation: A Theory of Religion*, 2010 in Nelson Tebbe, "Nonbelievers", *Virginia Law Review*, vol. 97, no. 5, septembre 2011, pp. 1111-1180

⁵⁴ Courtney Miller, *op. cit.*

⁵⁵ Nelson Tebbe, *op. cit.*

⁵⁶ Merriam-Webster, *Merriam-Webster's Encyclopedia of World Religions*, in Nelson Tebbe, *op. cit.*

⁵⁷ Courtney Miller, *op. cit.*

⁵⁸ Kent Greenawalt, *Religion and the Constitution: Free Exercise and Fairness*, 2006, pp. 147-153 in Nelson Tebbe, *op. cit.*

⁵⁹ Cour d'appel des Etats-Unis, 3e circuit, *Africa v. Commonwealth of Pa.*, 662 F.2d 1025 (3d Cir. 1981)

complet, avoir une « *nature globale* » (il ne doit pas se limiter à un « *enseignement isolé* »), enfin le système de croyance peut être qualifié de religion s'il existe certains signes formels et externes de sa religiosité (comme par exemple, la présence d'un fondateur, d'un prophète ou d'un enseignant, des écrits importants, des lieux de rassemblement, des gardiens de la connaissance, des cérémonies et des rituels, une structure ou une organisation, des jours fériés, un régime alimentaire ou un jeûne, une apparence ou des vêtements spécifiques, et la propagation des idées) (ce dernier critère n'est pas une condition obligatoire, son absence n'est pas déterminante). Ce test a ensuite été complété par le tribunal du district du Wyoming dans l'affaire *United States v. Meyers*⁶⁰. Cette approche reprend les 3 critères du test *Africa*, et inclut également comme conditions : des croyances métaphysiques (le système de croyances « *s'adresse à une réalité qui transcende le monde physique et immédiatement apparent* ») et un système moral ou éthique (« *ces croyances décrivent souvent certains actes en termes normatifs, tels que « bien et mal », [...] ou « juste et injuste ». Les croyances proscrivent alors les actes qui sont « mauvais », [...] ou « injustes* »). C'est par le biais de ce test que le tribunal a pu considérer que le demandeur Meyers a été débouté car il se disait membre de l'Église de la Marijuana, qui n'a pas été considérée comme une religion par les juges.

Ainsi, les tribunaux et cours juridictionnelles peuvent choisir librement quelle conception ils ont de la religion. Il serait même possible de redouter que certaines juridictions changent subitement de définition de la religion dans le but de refuser la protection à certaines croyances. En effet, ce manque de définition claire et précise provenant de la RFRA ou de la Cour Suprême n'est pas sans risque pour certains systèmes de croyances, qui malgré leur caractère analogue à certaines religions traditionnelles, ne seront pas considérés comme des religions, et donc ne bénéficieront pas de la protection du Premier Amendement. Ainsi, si un juge a une approche substantiviste, les religions bouddhistes et taoïstes risquent d'être exclues de la protection, alors même que ces systèmes de croyances sont généralement reconnus comme des religions malgré l'absence d'êtres surhumains, divins dans leurs principes religieux. Néanmoins, cette approche semble avoir été rejetée par la globalité des juges depuis la décision *Torcaso v. Watkins*. Cependant, l'approche fonctionnaliste continue d'être appliquée par de nombreux juges (ce qui peut paraître normal étant donné que la Cour Suprême a donné une conception de la religion sous l'angle d'un « *groupe organisé* » dans sa décision *Yoder*, or la RFRA consacre la jurisprudence de cette affaire dans sa protection de la liberté religieuse, il est donc logique que certains juges continuent d'appliquer une telle approche considérant que la loi de 1993 ne fait

⁶⁰ Tribunal du District du Wyoming, *United States v. Meyers*, 906 F. Supp. 1494 (D. Wyo. 1995)

que restaurer les préceptes de cette décision, y compris sa vision de la religion). Et cette interprétation a pour conséquence négative d'exclure de la protection de la clause de libre exercice certaines croyances religieuses appartenant à des « *spiritual but not religious* ».

Les SBNR sont un mouvement qui est apparu avec l'émergence du baby-boom et qui s'est intensifié depuis les années 2000, et ils représentent environ 17 millions d'Américains⁶¹. Il s'inscrit dans la méfiance de certaines parties de la population à l'égard des institutions en général, même religieuses. Ils refusent la vérité universelle annoncée par les religions organisées qui ne reflète pas leur état d'esprit⁶². Tout d'abord, il convient d'expliquer que les *Nones* (autre nom qui leur est donné) ne sont pas un groupe religieux composé de fidèles d'une même confession. Il s'agit d'une nouvelle forme de spiritualité qui est propre à chaque individu. Un « *spiritual but not religious* » est un croyant qui définit lui-même un système de croyances qui aura dans sa vie la même force, la même intensité qu'une religion institutionnalisée dans la vie d'un fidèle traditionnel. Cet individu développe un intérêt individuel et extraconfessionnel pour la religion, il s'efforce de comprendre comment sa vie s'intègre à un ensemble cosmique plus vaste⁶³. Cependant, ce développement et cette compréhension se fait en dehors des enseignements stricts des religions organisées traditionnelles. Comme l'expliquent Harold Koenig et Michael McCullough⁶⁴, il faut distinguer religion (institutionnalisée) et spiritualité. La première est considérée comme « *un système organisé de pratiques, de croyances et de rituels, conçu pour faciliter la relation avec le sacré ou le transcendant* », tandis que la seconde est une connexion plus personnelle, expérientielle. Courtney Miller⁶⁵ résume cette distinction assez simplement : la spiritualité est une dimension liée au fait de « *ressentir* » le divin, de le comprendre, et de trouver un moyen d'interagir avec lui, etc., tandis que la religion est un ensemble d'outils préemballés qui peuvent aider à accéder et à favoriser cette relation avec Dieu. Donc, un SBNR est un individu qui a renoncé à suivre un credo imposé par une institution religieuse en laquelle il n'a pas confiance, et qui a décidé de créer ses propres préceptes religieux, non pas au gré de ses envies, mais en réfléchissant, en faisant des recherches au regard de divers principes confessionnels traditionnels, mais également en recherchant au plus profond

⁶¹ Pew Research Center, " "Nones" on the Rise", 9 octobre 2012, in Courtney Miller, *op. cit.*

⁶² Frederick Mark Gedicks, "Spirituality, Fundamentalism, Liberty : Religion at the End of Modernity", *DePaul University Review*, vol. 54, 2005, pp. 1197-1208 in Courtney Miller, *op. cit.*

⁶³ Robert C. Fuller, *Spiritual but Not Religious*, Oxford University Press, 2001, p. 8 in Frederick Mark Gedicks, "Exemptions religieuses, neutralité et laïcité", *op. cit.*

⁶⁴ Harold G. Koenig et Michael McCullough, *Handbook of Religion and Health*, 2001, p. 18 in Courtney Miller, *op. cit.*

⁶⁵ Courtney Miller, *op. cit.*

de lui-même les moyens d'établir une relation avec le divin, de savoir ce qui constitue « le bien et le mal », etc.

Ainsi, il n'y a pas de véritables différences de valeur entre les croyances d'un SBNR et les croyances d'un fidèle d'une religion organisée. D'ailleurs, il n'est pas rare qu'un « *spiritual but not religious* » bricole « *un monde religieux à partir d'images, de symboles, de codes moraux et de doctrines* »⁶⁶ issus des religions traditionnelles. C'est la raison pour laquelle certains surnomment leurs systèmes de croyances de « *religion consumérisée* »⁶⁷ ou de « *religion à la carte* ».

Il est donc anormal que les membres de ce mouvement soient exclus de la protection de la liberté religieuse, alors que les fidèles de religions institutionnalisées sont protégés. Cela est encore plus critiquable lorsque l'on sait que les croyants de ces religions organisées, qui présentent des visions fortement divergentes des préceptes traditionnellement enseignés ont donc des croyances et des pratiques que l'on peut qualifier de « personnalisées » (au même titre que les SBNR), sont également protégés (alors qu'ici la distinction entre eux et les *Nones* est extrêmement mince). Ceci est expliqué par l'approche littéraliste consacrée par *Yoder*, et non remise en cause par la RFRA (voire même consacrée par elle). Cette interprétation de la religion implique que les croyances doivent obligatoirement avoir pour base un groupe religieux organisé, institutionnalisé. Ainsi, si un croyant d'une religion traditionnelle a des visions divergentes des préceptes de base, il n'en demeure pas moins que ses croyances et pratiques restent protégées, car il reste affilié à un groupe religieux ordonné. Il y a donc rupture d'égalité entre les SBNR et les croyants traditionnels, et plus particulièrement ceux qui divergent des principes religieux traditionnels. La Cour Suprême avait donné comme raison à cette approche de la religion qu'elle ne voulait pas que les individus puissent choisir librement leurs croyances et pratiques. Or, c'est exactement ce qu'il se passe pour ces croyants de religions institutionnalisées aux opinions discordantes. Ainsi, la jurisprudence *Yoder*, qui continue d'exister aujourd'hui sous l'ère de la RFRA, assure une protection de la liberté religieuse de certains croyants religieux qui ont choisi librement et personnellement leurs croyances et pratiques, ce qui n'est pas le cas d'autres croyants dans une situation analogue, pour le simple motif que les premiers se revendiquent comme appartenant à un groupe religieux institutionnalisé. Cela est contraire au principe de protection égale.

⁶⁶ Wade Clark Roof, *Spiritual Marketplace: Baby Boomers and the Remaking of American Religion*, 1999, pp. 33-34 in Courtney Miller, *op. cit.*

⁶⁷ Rebecca French, Shopping for Religion : The Change in Everyday Religious Practice and Its Importance to the Law, *Buffalo Law Review*, vol. 51, 2003, no. 127, pp. 133-136 in Courtney Miller, *op. cit.*

Voilà pourquoi le juge dans l'affaire *Moore-King v. County of Chesterfield*⁶⁸ a considéré que les croyances et pratiques de Mme Moore-King (qui se fait appeler « Psychic Sophie ») n'étaient pas religieuses, car il s'agissait de croyances purement personnelles et non organisées au sein d'un groupe religieux. Pour Psychic Sophie, la réglementation de zonage portait atteinte à son travail de « *conseillère spirituelle* », qui est une activité liée à sa spiritualité religieuse. Pour elle, son système de croyances ne se limite pas « à une forme particulière de religion », *mais embrasse plutôt un assortiment de traditions chrétiennes, bouddhistes, hindoues et new age, avec un accent particulier sur le mouvement religieux New Age* », elle est donc une *None*. Ce n'est pas parce que la demanderesse affirme qu'elle ne croit en aucune religion que ses croyances et pratiques ne sont pas religieuses. Il faudrait d'ailleurs interpréter ses propos comme un refus d'appartenir à une religion institutionnalisée précise, et une volonté de rester libre de ses croyances et pratiques religieuses. Cependant, le tribunal de district de Virginie a rejeté sa demande, alors même que ses croyances et pratiques étaient constitutives d'une religion. Et la Cour d'appel du 4e circuit a confirmé cet arrêt en considérant qu'il fallait « *un certain principe ou une autorité organisatrice autre qu'elle-même* »⁶⁹. Cette jurisprudence cause donc une rupture d'égalité entre les différents croyants aux croyances et pratiques personnalisées. Comme l'explique Courtney Miller⁷⁰, la liberté religieuse de Psychic Sophie n'est pas protégée, alors que d'autres religions néo-païennes, comme la Wicca par exemple, qui impliquent une conglomération de croyances et de pratiques similaires, sont protégées.

Donc la RFRA, en consacrant et en perpétuant la jurisprudence de *Yoder*, crée un fossé entre les croyants des religions traditionnelles et les SBNR, les premiers voient leur liberté religieuse protégée à l'inverse des seconds. C'est d'autant plus regrettable que ce dernier groupe est en pleine expansion depuis plusieurs décennies (en raison de la méfiance de plus en plus grandissante de la population envers les institutions de tout type). Une des solutions qui est proposée par certains auteurs serait de généraliser le test *Meyers* à l'ensemble des juridictions car les croyances et pratiques religieuses « *spiritual but not religious* » remplissent tous les critères nécessaires pour être qualifiées de religion⁷¹. Ceci aurait le mérite d'assurer une véritable protection égale de la liberté religieuse entre les différents croyants aux croyances et pratiques « personnalisées ». Néanmoins, la loi de 1993 en elle-même ne permet pas cette généralisation, il faudrait soit une nouvelle loi venant du Congrès, soit que l'ensemble des

⁶⁸ Tribunal du district de Virginie, *Moore-King v. County of Chesterfield*, 819 F. Supp. 2d 604 (E.D. Va. 2011)

⁶⁹ Cour d'appel des Etats-Unis, 4e circuit, *Moore-King v. County of Chesterfield*, 708 F.3d 560 (4th Cir. 2013)

⁷⁰ Courtney Miller, *op. cit.*

⁷¹ *Ibid.*

juridictions consentent à utiliser ce test. Cependant, le contrôle strict peut être un frein à une telle extension de la définition de la religion en raison de ses conséquences désastreuses⁷².

Ainsi, la RFRA se révèle inefficace judiciairement pour protéger efficacement les pratiques des minorités religieuses face aux lois neutres d'application générale. C'est souvent le législateur qui vient offrir son aide aux religions minoritaires une fois que la demande d'exemption a été refusée par le juge, voire possiblement médiatisée. C'est donc ainsi que les amérindiens ont pu continuer à consommer du peyote à des fins religieuses car en 1994 le législateur a amendé l'AIRFA pour disposer que « *l'utilisation, la possession ou le transport du peyotl par un Indien à des fins cérémonielles traditionnelles de bonne foi en rapport avec la pratique d'une religion indienne traditionnelle est légale et ne sera interdite ni par les États-Unis ni par aucun État* »⁷³. De même, c'est également le législateur, et non le juge comme cela devait être le cas sur le fondement de la disposition législative de 1993, qui a protégé les pratiques religieuses des militaires qui souhaitait porter un vêtement religieux en plus de son uniforme⁷⁴. C'est d'ailleurs cette catégorie d'individus, mais également les prisonniers qu'il convient d'aborder par la suite car leur liberté religieuse, tout comme celle des minorités religieuses, n'est guère protégée comme elle devrait l'être sur le fondement de la *Religious Freedom Restoration Act*. C'est la raison pour laquelle on peut se s'interroger quant au bien-fondé de cette norme.

Section 2 : Le cas particulier des croyants en prison et à l'armée : une application de la norme RFRA en demi-teinte

Cette norme relative à la liberté religieuse s'applique à la fois aux prisonniers mais également aux militaires. L'armée est une branche du département de la Défense des États-Unis, et est donc régie par les lois fédérales, ce qui explique l'application de la RFRA au libre exercice religieux de ses membres. Pour le milieu carcéral, ce n'est pas le texte même de la RFRA qui est appliqué car la décision *City of Boerne v. Flores*⁷⁵ rend inconstitutionnelle l'application de cette loi pour les États. Néanmoins, la RLUIPA⁷⁶ reprend exactement la norme inscrite dans la

⁷² Voir Partie 2, Chapitre 1

⁷³ *American Indian Religious Freedom Act*, précité

⁷⁴ DoD Directive 1300.17, "Accommodation of Religious Practices Within the Military Services", promulguée le 3 février 1988

⁷⁵ Cour Suprême, *City of Boerne v. Flores*, précité

⁷⁶ *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, précitée

RFRA, avec une portée moindre. Celle-ci est également applicable aux personnes institutionnalisées, ce qui est le cas des prisonniers qui vivent au sein d'une institution et qui ne sont pas indépendants par rapport à celle-ci. Donc ces derniers pourront se prévaloir de la norme issue du texte de la loi de 1993 et repris par la RLUIPA pour demander une exemption religieuse⁷⁷.

Cependant, la protection du libre exercice des personnes incarcérées et des militaires est fortement réduite comparée aux civils libres, ce qui est d'autant plus le cas pour les minorités religieuses. La norme RFRA n'est pas du tout appliquée de la même manière, le contrôle strict pourtant exigé par ces deux lois du Congrès a rapidement été transformé par les différentes juridictions en un contrôle minimum. Les juges considèrent que ces différents milieux ont des besoins spécifiques techniques qui peuvent entrer facilement en contradiction avec les pratiques religieuses (surtout celles des minorités religieuses, car pour les religions majoritaires les administrations carcérales et militaires tenteront d'amoindrir l'atteinte qui pourrait être portée à leurs pratiques). Ainsi, les différents tribunaux vont faire confiance aux différentes autorités administratives quant à l'intérêt à protéger et vont le considérer comme impérieux sans véritable examen. Une grande part des juridictions ne font même pas l'effort de rechercher s'il existe un moyen moins restrictif conduisant à la réalisation de cet intérêt. Ce phénomène de contrôle souple était visible sous l'ère *Sherbert*. Avec la RFRA, le Congrès attendait des juges qu'ils exercent un véritable contrôle strict et qu'ils exercent une véritable balance des intérêts du demandeur religieux et de ceux de l'administration. Or, à l'heure actuelle, une majorité de juges laisse cette responsabilité d'équilibrage des intérêts en cause entre les mains des administrations carcérales et militaires en continuant d'exercer un contrôle extrêmement souple quant aux tests de l'intérêt impérieux et du moyen le moins restrictif que ces juridictions valideront en raison de la haute déférence qu'elles ont à l'égard de ces autorités administratives.

Ainsi, la norme RFRA est un outil incapable de protéger les prisonniers (I) et les membres de l'armée (II) à cause d'une application altérée du contrôle strict dû à une grande déférence

⁷⁷ La RLUIPA n'a, quant à elle, pas été considérée comme étant contraire à la constitution dans son opposabilité aux Etats. C'est en raison de son champ d'application, très réduit comparé à la RFRA, qui lui permet d'être valide constitutionnellement. Même si la Cour Suprême n'a pas contrôlé véritablement ce point (cependant elle s'est déjà fondée sur la RLUIPA pour résoudre un litige), les juridictions inférieures l'ont fait. Et elles ont unanimement considéré que cette loi n'exécède pas les pouvoirs du Congrès en vertu de la section 5 du 14^e amendement, qu'elle ne viole pas la clause d'établissement, et surtout qu'elle est conforme aux clauses constitutionnelles de dépense et de commerce sur lesquels le législateur s'est fondé pour créer ce texte législatif. La RLUIPA n'est donc pas considérée par les juges comme étant inconstitutionnelle dans son application aux Etats (voir Tribunal du district sud de New York, *Westchester Day School v. Village of Mamaroneck*, 280 F. Supp. 2d 230 (S.D.N.Y. 2003))

des tribunaux et des cours juridictionnelles à l'égard des administrations pénitentiaires et militaires.

I- Le haut niveau de déférence des juges à l'égard des administrations pénitentiaires

A l'inverse des hommes libres, la vie des prisonniers est entièrement régulée par l'administration pénitentiaire. Celle-ci a donc le pouvoir de porter de lourdes atteintes à la liberté religieuse des prisonniers en refusant l'exercice de certaines pratiques (il s'agira assez souvent du port de certains symboles ou vêtements religieux, de choix esthétiques, ou de régimes alimentaires précis pour des occasions exceptionnelles ou tout au long de la vie de l'individu). Or, les religions, pour la plupart, sont censées inculquer à leurs fidèles la distinction entre le « bien » et le « mal », entre ce qui est « juste » et ce qui ne l'est pas. Et ce qui est condamné par la morale religieuse peut également l'être dans la conscience collective laïque (comme par exemple, le meurtre, le vol, etc.). Ainsi, il serait possible de considérer les religions comme un potentiel facteur de réinsertion des prisonniers, car par ce biais ils pourraient décider de se ranger dans « le droit chemin » et être mieux insérés dans la société, surtout auprès d'une communauté partageant la même religion, et donc éviter une nouvelle incarcération. Cependant, ce n'est pas le choix qui a été fait pour les prisonniers religieux. Comme l'explique Derek Gaubatz, « *pour beaucoup de prisonniers, le respect de sa religion peut servir à la fois de mode de récupération et d'antidote à l'isolement profond de l'état carcéral, mais pour les minorités religieuses, les établissements correctionnels ne reconnaissent pas toujours leurs besoins comme suffisamment « religieux »* »⁷⁸. En effet, les minorités religieuses sont d'autant plus sujettes aux atteintes graves portées à leur exercice religieux (pour les mêmes raisons qui ont été invoquées précédemment : incompréhension, hostilité, et non-reconnaissance du caractère religieux de leurs croyances). Les administrations pénitentiaires considèrent que les intérêts religieux des minorités religieuses interfèrent avec leurs propres intérêts pénaux. Encore faut-il que ces derniers intérêts soient impérieux, sinon le refus d'exempter la pratique d'un croyant d'une confession religieuse minoritaire sera, en principe, annulée par le juge sur le fondement de la RLUIPA. Néanmoins, cela n'est pas sûr car les juges, historiquement, ont tendance à accorder une forte déférence à l'administration carcérale.

⁷⁸ Derek L. Gaubatz, "RLUIPA at Four : Evaluating the Success and Constitutionality of RLUIPA's Prisoner Provisions", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 28, 2005, no. 501, p. 540 in Clinton Oxford, *op. cit.*

En juin 1987, la Cour Suprême a rendu deux décisions dans lesquelles elle refuse d'appliquer un contrôle strict aux demandes d'exemption religieuse formulées par des prisonniers. Elle considère même dans la première affaire, *Turner v. Safley*⁷⁹, que les juridictions inférieures ont fait une erreur en appliquant un *strict scrutiny* aux plaintes faites sur le fondement des clauses constitutionnelles, et qu'il faut impérativement appliquer un contrôle moins sévère pour examiner ces litiges (dans cette affaire, il s'agissait d'une application du droit constitutionnel de se marier, mais cette jurisprudence s'applique à l'ensemble des droits, reconnus par la Constitution, des prisonniers). Cette jurisprudence instaure un *rational basis test* applicable à l'ensemble des demandes liées aux droits constitutionnels des personnes incarcérées, l'autorité administrative pénitentiaire devra démontrer que la réglementation en cause est « raisonnablement liée » à un « intérêt pénal légitime ». Pour vérifier cela, la Cour Suprême a développé le test *Turner* qui repose sur 4 facteurs : tout d'abord, (1) est-ce qu'il « existe un « lien valable et rationnel » entre le règlement et un intérêt gouvernemental légitime et neutre mis en avant pour le justifier » ; ensuite, (2) est-ce qu'il « existe d'autres moyens d'exercer le droit constitutionnel invoqué qui restent ouverts aux détenus, quelles alternatives, si elles existent, exigeront une mesure de déférence judiciaire à l'égard de l'expertise des agents pénitentiaires » ; (3) il faut en outre voir « dans quelle mesure l'aménagement du droit revendiqué aura un impact sur le personnel pénitentiaire, sur la liberté des détenus et sur l'allocation de ressources pénitentiaires limitées, ce qui, s'il est substantiel, exigera une déférence particulière envers les agents pénitentiaires » ; et enfin, (4) est-ce que « le règlement représente une « réponse exagérée » aux préoccupations de la prison, l'existence d'une solution de rechange toute prête qui tient pleinement compte des droits du détenu à un coût moindre par rapport à des intérêts pénaux valables étant la preuve du caractère déraisonnable ».

Assez rapidement (car la Cour va appliquer cette jurisprudence 9 jours plus tard dans l'affaire *O'Lone v. Estate of Shabazz*⁸⁰ dans un cas relatif à la liberté religieuse d'un prisonnier), la plus haute juridiction des Etats-Unis va raccourcir ce test et ne garder que les critères 1 et 3. Elle va d'abord regarder si le règlement est raisonnablement lié à un intérêt pénal légitime, et elle va montrer un haut niveau de déférence à l'égard de l'autorité administrative carcérale en considérant qu'il ne lui revient pas de substituer « son jugement sur des questions délicates et délicates de l'administration institutionnelle aux décisions des personnes chargées de la formidable tâche de gérer une prison »⁸¹. La Cour Suprême considère que les préoccupations

⁷⁹ Cour Suprême, *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987)

⁸⁰ Cour Suprême, *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987)

⁸¹ *Ibid.*

auxquelles font face les administrations pénitentiaires sont d'une telle importance et d'une telle technicité qu'elle serait incapable de contrôler la légitimité de l'intérêt pénal protégé et le lien raisonnable de celui-ci avec la réglementation en cause, ce qui est un véritable coup de grâce pour la protection de la liberté religieuse des prisonniers. Enfin, la Cour regarde le 3^{ème} critère du test Turner sur l'existence de moyens alternatifs pour la pratique religieuse, sur l'impact des aménagements sur les gardiens, les détenus et les ressources de la prison. Le plus gros problème de cette jurisprudence est qu'elle favorise un haut niveau de déférence à l'égard des autorités administratives pénitentiaires surtout dans le contrôle de l'intérêt pénal légitime raisonnablement lié, et ceci au détriment des pratiques religieuses des minorités religieuses incarcérées qui peuvent assez facilement se retrouver dans une situation anormalement inégalitaire par rapport à certains de leurs codétenus issus de religion majoritaire ou laïques. Par exemple, dans la décision *Young v. Lane* de la Cour d'appel du 7^e circuit⁸², les juges ont considéré que la réglementation interdisant le port de la kippa dans les parties communes était valide, notamment parce que celle-ci était raisonnablement liée à un intérêt de sécurité (pour l'administration pénitentiaire il y avait un risque de contrebande par le biais de ces couvre-chefs). Or, et les demandeurs l'ont fait remarqué, cette prison autorisait également le port de casquettes de baseball, qui sont beaucoup plus grandes que de simples kippas, et donc un plus grand facteur de risque de contrebande. En principe, les juges auraient dû considérer que l'intérêt n'était pas légitime car interdire la kippa ne permet pas d'apporter plus de sécurité étant donné que les casquettes sont autorisées et constituent un plus grand danger. Ici, cette juridiction a accordé une très grande déférence injustifiée à l'égard des autorités carcérales au grand dam de la protection de la liberté religieuse des personnes incarcérées.

En principe, l'un des buts de la RFRA, et plus tard de la RLUIPA, était d'apporter aux prisonniers une meilleure protection de leur liberté religieuse par le biais d'un *strict scrutiny*. Cependant, suite à une sous-évaluation par les juridictions des atteintes à la religion des personnes incarcérées lors du test de l'atteinte substantielle, et surtout suite au scepticisme insuffisant des juges lors de leur analyse des intérêts pénaux impérieux, le contrôle strict exigé par ces deux lois s'est vite transformé en un équivalent du contrôle minimum⁸³. Ainsi, une des raisons de l'adoption de ces deux dispositions législatives, qui était d'apporter un haut niveau

⁸² Cour d'appel des Etats-Unis, *Young v. Lane*, 922 F.2d 370 (7th Cir. 1991)

⁸³ Daniel J. Solove, "Faith Profaned: The Religious Freedom Restoration Act and Religion in the Prisons", *Yale Law Journal*, vol. 106, no. 2, novembre 1996, pp. 459-492

de contrôle aux demandes d'aménagement ou d'exemption des détenus religieux, vient de voler en éclat lors de l'application de leur norme par une grande partie des juges.

La Cour Suprême a rendu 2 décisions relatives à la liberté religieuse des prisonniers sur le fondement de la RLUIPA, et la première, *Cutter v. Wilkinson*⁸⁴, est considérée comme une jurisprudence renouant avec les « vieux démons » de la Cour en matière de déférence à l'égard des autorités pénitentiaires⁸⁵ (malgré le fait que cette décision approuve la demande des détenus religieux). L'une des dernières phrases du syllabus de la Cour peut être interprétée comme une invitation à accorder une large confiance aux administrations carcérales dans la définition de leurs intérêts impérieux nécessitant d'interdire certaines pratiques religieuses (« *si les demandes des détenus en matière d'aménagement religieux devenaient excessives, imposaient des charges injustifiées à d'autres personnes institutionnalisées ou compromettaient le fonctionnement efficace d'un établissement, l'établissement serait libre de résister à l'imposition* »). Les termes « *compromettaient le fonctionnement efficace d'un établissement [carcéral]* » laissent un doute, car un « *fonctionnement efficace* » est assez vague. Et surtout la question se pose de savoir qui peut évaluer à partir de quand l'exemption religieuse nuit à l'efficacité du fonctionnement de la prison. Avant l'affaire *Smith* et la loi de 1993, comme cela fut évoqué précédemment, les juges refusaient de répondre à cette question, laissant le soin aux autorités carcérales de définir quand le fonctionnement de l'établissement pénitentiaire risquait d'être inefficace en raison d'une pratique religieuse d'un détenu qui pouvait, selon eux, nuire à l'ordre, la sécurité ou la discipline au sein de la prison. Et il s'avère que cette large déférence de la Cour Suprême a persisté malgré l'adoption de la RFRA et de la RLUIPA qui exige un véritable contrôle strict, sans déférence. La Juge Ginsburg, dans son opinion, explique, de manière erronée, que « *les législateurs qui soutiennent la RLUIPA étaient conscients de l'urgence de la discipline, de l'ordre, de la sûreté et de la sécurité dans les établissements pénitentiaires [...] Ils prévoyaient que les tribunaux appliqueraient la norme de la loi avec « toute la déférence due à l'expérience et à l'expertise des administrateurs des prisons pour établir les règlements et procédures nécessaires pour maintenir le bon ordre, la sécurité et la discipline, en tenant compte des coûts et des ressources limitées* » ». Il est donc clair à la lumière de cette citation que la Cour Suprême renoue avec la déférence passée qu'elle accordait aux autorités carcérales, se considérant comme illégitime pour contrôler l'impériosité de l'intérêt technique et particulier invoqué par la prison nécessitant le refus de l'exemption religieuse. Cette décision a eu pour effet d'inciter plusieurs tribunaux inférieurs à accorder la même déférence aux administrations pénitentiaires.

⁸⁴ Cour Suprême, *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005)

⁸⁵ Clinton Oxford, *op. cit.*

Par la suite, la Cour Suprême a tout de même décidé d'appliquer véritablement un contrôle strict, sans déférence, en respectant la RLUIPA, avec la décision *Holt v. Hobbs*⁸⁶. Les juges ont considérés que la raison invoquée par l'autorité administrative contre le port d'une barbe d'environ 1 cm (qui était d'ordre sécuritaire car la prison craignant la dissimulation d'une arme dans cette barbe) est injustifiée et ne constitue pas un intérêt impérieux. Cette décision semble salubre pour la protection de la liberté religieuse des détenus par l'application stricte de la norme RFRA. Cependant, plusieurs membres de la doctrine ont constaté que la Cour ne fait aucune mention à la décision *Cutter v. Wilkinson*, et donc les futures applications de la RLUIPA risquent d'être incertaines (puisque l'on ne sait pas si la Cour a opéré véritablement à un revirement de jurisprudence), et cela donne une marge de manœuvre à certaines juridictions pour accorder une déférence aux autorités carcérales par rapport à l'impériosité de leurs intérêts⁸⁷. Ainsi, il y a des applications de la norme RFRA différentes selon la juridiction inférieure saisie de l'affaire. Il y a d'un côté ceux qui choisissent d'interpréter la RLUIPA au regard de la jurisprudence *Holt*, et donc appliquent un véritable contrôle strict face aux réglementations de la prison nuisant à des pratiques religieuses. Et de l'autre, il y a les juges qui continuent d'accorder une certaine déférence aux autorités carcérales lors du test de l'intérêt impérieux, mais également en faisant incomber la charge de la preuve au demandeur (et non pas à la prison comme le prévoit la RLUIPA), et certains refusent même d'examiner les alternatives les moins restrictives (contrôle pourtant exigé par la norme RFRA)⁸⁸. Il y a donc une importante division au sein des juridictions américaines, ce qui n'est pas sans conséquences pour la protection de la liberté religieuse des prisonniers, et notamment ceux issus d'une minorité religieuse. C'est notamment ce que montre Clinton Oxford⁸⁹ par le biais de deux décisions issues de deux juridictions ayant des interprétations de la RLUIPA totalement différentes. Tout d'abord, dans l'affaire *Knight*⁹⁰, la Cour d'appel du 11^e circuit a continué, malgré la jurisprudence *Holt*, d'accorder une haute déférence, incompatible avec le contrôle strict de la RLUIPA, à l'égard des autorités administratives des prisons qui refusaient qu'un détenu garde religieusement ses cheveux non-tondus pour des raisons d'hygiène, de sécurité et de discipline. A l'inverse, dans la décision *David Schlemm*⁹¹, le tribunal de district suit les directives du 7^e circuit qui lui enjoint de suivre le cadre établi par la jurisprudence *Holt* afin de

⁸⁶ Cour Suprême, *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. 352 (2015)

⁸⁷ David M. Shapiro, "To Seek a Newer World", *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 114, no. 124, pp. 126-127 in Clinton Oxford, *op. cit.*

⁸⁸ Daniel J. Solove, *op. cit.*

⁸⁹ Clinton Oxford, *op. cit.*

⁹⁰ Cour d'appel des Etats-Unis, 11^e circuit, *Knight v. Thompson*, 723 F.3d 1275 (11th Cir. 2013)

⁹¹ Cour d'appel des Etats-Unis, 7^e circuit, *Schlemm v. Wall*, 784 F.3d 362 (7th Cir. 2015).

juger la demande d'un détenu voulant accéder à du gibier dans le cadre de la fête religieuse des fantômes (propre à la religion amérindienne) et qui a été refusée par la prison qui lui a proposé à la place du ragout.

Ainsi, la norme RFRA est inefficace pour assurer la protection de la liberté religieuse des prisonniers qui se retrouvent dans une situation incertaine en raison des interprétations divergentes de chaque juridiction. Pour la plupart des juges, le maître mot reste la déférence à l'égard des administrateurs pénitentiaires. Ce qui n'est pas sans conséquence pour les détenus religieux, principalement ceux issus de religion minoritaires, dont les demandes d'aménagement ou d'exemption sont fréquemment refusées par les autorités carcérales, et donc rarement accordées par voie judiciaire en raison de la trop grande confiance des tribunaux et cours juridictionnelles accordée à ces administrations. Ainsi, la déférence des juges entraîne d'une part un traitement différencié des religieux selon la juridiction qui traite leurs litiges au nom de la RLUIPA, et d'autre part une grande division entre les juges sur l'interprétation de la norme RFRA applicable aux détenus. Et ce problème de déférence, facteur de différenciation et de discorde, n'est pas propre aux prisonniers, mais s'applique également aux militaires dans leurs demandes d'aménagement ou d'exemption pour des motifs religieux sur le fondement de la RFRA.

II- Le combat de l'unité de l'armée contre l'individualisme religieux des militaires

Les militaires ne bénéficient pas de la même protection de la liberté religieuse que les civils. C'est notamment ce qu'explique dans sa décision de 1974, *Parker v. Levy* : « *bien que le personnel militaire ne soit pas exclu de la protection du premier amendement, la nécessité fondamentale d'obéissance, et la nécessité de discipline qui en résulte, peuvent rendre admissible au sein de l'armée ce qui serait constitutionnellement inadmissible en dehors de celle-ci* »⁹². Ceci s'explique notamment par le fait que le pays a intérêt à ce que les militaires des forces armées soient tenus de respecter des normes qui les obligent à agir comme une unité cohérente et à garantir qu'ils obéissent aux ordres⁹³. Ce qui revêt une importance primordiale pour l'armée est l'uniformité de ses membres et l'accomplissement de la mission militaire. Or, selon les commandants militaires, ces deux notions entreraient en contradiction avec l'individualisme, ce qui expliquerait pourquoi l'armée voit d'un mauvais œil les demandes

⁹² Cour Suprême, *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974)

⁹³ Cour d'appel pénale de l'armée, *United States v. Sterling*, 75 M.J. 407 (A.F. Ct. Crim. App., 2016).

d'exemption religieuse de militaires souhaitant pratiquer leur religion (souvent lorsqu'il s'agit d'afficher publiquement son appartenance religieuse que ce soit par le port d'un vêtement ou d'un symbole religieux, par des choix esthétiques, etc.) au risque de briser cette fameuse unité. Cependant, il faut constater d'une part que la déférence que les juges accordent aux autorités de l'armée est fortement dommageable pour les religieux dans ses rangs ; et d'autre part, les intérêts des autorités militaires justifiant l'atteinte substantielle à la liberté religieuse ne sont pas légitimes, et ne sont donc pas impérieux aux vues des différentes exemptions déjà accordées par l'armée.

Il convient tout d'abord de revenir sur la jurisprudence relative à la liberté religieuse telle qu'elle était avant l'adoption de la RFRA. Dans la décision *Goldman v. Weinberger*⁹⁴, la Cour Suprême a considéré que les demandes d'exemption religieuses des militaires avaient une protection moindre par rapport aux demandes émanant de civils. Ainsi, les juges ont décidé de ne pas appliquer de contrôle strict mais plutôt un *rational basis test* dans cette affaire, dans laquelle un juif revendiquait le droit de porter une kippa au nom du 1^{er} amendement. Cela lui a été refusé car l'armée considérait que cela aurait nuit à « *l'obéissance instinctive, l'unité, l'engagement et l'esprit de corps* ». Et la Cour lors du contrôle de cet intérêt a, là aussi, accordé une grande déférence à l'opinion des autorités militaires, elle a d'ailleurs expliqué que « *lorsqu'ils évaluent si les besoins militaires justifient une restriction particulière à un comportement à motivation religieuse, les tribunaux doivent accorder une grande déférence au jugement professionnel des autorités militaires concernant l'importance relative d'un intérêt militaire particulier* ». Là encore le maître mot était la déférence.

Et cela est toujours le cas aujourd'hui bien que la RFRA a consacré le contrôle strict pour toutes les demandes d'aménagement ou d'exemption qu'elles soient civiles ou militaires. La majorité des juges continue d'appliquer de manière erronée un contrôle souple avec une forte déférence, tout en se fondant sur la loi de 1993. Et cela est également vrai pour l'application de la DoDI 1300.17⁹⁵ qui reprend en partie la norme RFRA et l'adapte pour les militaires, mais qui surtout prévoit une procédure précise concernant les demandes d'exemption religieuse. Pour obtenir un aménagement pour exercer une pratique religieuse, le militaire doit en faire la demande auprès de son commandant (ou auprès du Secrétaire du Département militaire dans certains cas). Ce dernier va alors regarder si un refus risque de faire peser un fardeau substantiel

⁹⁴ Cour Suprême, *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986)

⁹⁵ DoDI Directive 1300.17, "Accommodation of Religious Practices Within the Military Services", promulguée le 10 février 2009

sur l'exercice religieux du militaire. Si la réponse est négative, alors le commandant va simplement mettre en balance la demande d'exemption par rapport aux besoins propres à l'accomplissement de la mission (si ces derniers ont un poids plus important alors la demande est rejetée). En cas de réponse positive, alors il faudra analyser la demande à la lumière de la RFRA, ainsi l'administration militaire ne pourra refuser l'octroi de l'exemption que s'il existe un intérêt militaire impérieux et qu'il s'agit du moyen le moins restrictif de l'atteindre. Cette règle semble tout aussi protectrice de la liberté religieuse que pourrait l'être le texte de la disposition législative de 1993. En effet, elle reconnaît même que le principe est que le Département militaire devra accorder des aménagements pour les expressions individuelles de croyances sincères (qu'elles soient issues d'une religion, de principaux moraux, ou de la conscience) des membres de l'armée. Cependant, la DoDI énumère également une liste d'exceptions assez larges à cette règle (l'exemption est refusée si elle a un impact négatif sur l'accomplissement de la mission, sur la cohésion de l'unité, sur le bon ordre, la discipline, la santé, et la sécurité pour les militaires pris individuellement ou collectivement), ce qui fait que le refus s'avère être le principe dans les faits. Cela est d'autant plus vrai en raison de la continuelle déférence que les juges accordent aux autorités militaires. Cela est visible dans l'affaire *United States v. Sterling*⁹⁶ dans laquelle la caporale Sterling a été sanctionnée pour avoir refusé d'enlever les panneaux avec des inscriptions à caractère religieux (comme par exemple : « *Toute arme forgée contre moi sera sans effet* » (Esaïe 54 :17)) situés dans un espace partagé. Son supérieur expliquait qu'il n'aimait pas le ton employé par ces textes et que cela nuisait au bon ordre. La Cour d'appel des forces armées n'a pas véritablement analysé l'impériosité de cet intérêt, elle a accordé une large déférence à l'autorité militaire quant à cela et n'a pas donc pas vérifié en quoi ces panneaux étaient véritablement une nuisance pour le bon ordre. Et, comme l'a remarqué Margaret McHugh⁹⁷, les juges ne se sont concentrés sur l'intérêt de l'armée uniquement dans le but de déclarer la pratique religieuse de Sterling comme n'étant pas substantielle, par ailleurs la juridiction n'a pas examiné s'il s'agissait du moyen le moins restrictif.

Ainsi, une nouvelle fois, la RFRA ne permet pas une véritable protection de la liberté religieuse, ici celle des militaires, en raison de la confiance que les juges accordent, de manière injustifiée et surtout contraire à cette même norme juridique, aux administrations militaires. Cette déférence a un impact considérable sur les demandes d'aménagement religieux qui sont

⁹⁶ Cour d'appel pénale de l'armée, *United States v. Sterling*, précité

⁹⁷ Margaret E. McHugh, "Does Serving Your Military Mean You Can't Serve Your God: Comparing an Interest in Obedience from Service Members to Their Religious Freedom", *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 19, no. 1, 2018, pp. 43-72

assez régulièrement refusées, alors même que certains membres des forces armées ont réussi à obtenir une dispense quant à l'application de la loi alors qu'ils sont dans une situation analogue.

L'armée est propice aux ruptures d'égalité et aux discriminations en matière d'autorisations d'aménagement religieux. Une des règles régissant les demandes faites sur le fondement de la clause de libre exercice est que les exceptions religieuses sont accordées au cas par cas. Ainsi, lors de l'examen de la demande, l'autorité militaire ne prend pas en compte les précédents qui existent au sein d'autres corps armés, et même ceux que l'autorité elle-même a pu accorder. Cette situation favorise grandement les autorisations arbitraires accordées pour pouvoir exercer sa religion, l'armée est libre de refuser la demande d'exemption comme elle le souhaite, et ceci d'autant plus que la majeure partie des juges ne contrôleront ni l'impériosité de l'intérêt ni s'il s'agit du moyen le moins restrictif. Ainsi, certains militaires (religieux ou laïques) bénéficieront d'un aménagement pour pouvoir pratiquer leur religion, ce qui ne sera pas le cas de certains religieux pourtant dans une situation similaire. Cela n'est pas sans rappeler ce qui a été abordé précédemment dans le cas des prisonniers, les détenus juifs ne pouvaient porter la kippa alors que les autres détenus pouvaient porter librement une casquette de baseball.

Il est possible de citer plusieurs exemples dans lesquels on peut considérer qu'il y a rupture d'égalité entre les militaires.

Le premier est relatif au port de la barbe. Celui-ci est interdit selon le règlement de l'armée 670-1⁹⁸. Cependant, les militaires peuvent demander une exemption religieuse afin de porter une barbe ayant une signification religieuse (cela peut être le cas dans le cadre de la religion musulmane, et dans la religion sikh). Néanmoins, les militaires religieux obtiennent rarement cette autorisation, et si le soldat refuse de raser sa barbe, il se peut qu'il soit rasé de force⁹⁹. L'armée invoque la protection de plusieurs intérêts pour justifier ce refus. Tout d'abord, l'apparence des militaires doit être soignée car ils ont un rôle de représentation, d'autre part, le port de la barbe risque d'interférer avec plusieurs équipements militaires, notamment les masques à gaz dont l'étanchéité est primordiale pour l'accomplissement de certaines missions et qui risque d'être mise à mal en raison d'une pilosité faciale excessive, et enfin l'armée explique que les militaires religieux faisant le choix du port de la barbe risquent d'être pris pour cibles par plusieurs de leurs camarades qui pourraient les rejeter et en faire des boucs-

⁹⁸ Army Regulation 670-1, Uniforms and Insignia, "Wear and Appearance of Army Uniforms and Insignia", promulgué le 3 février 2005

⁹⁹ Comme l'a demandé le juge militaire dans l'affaire portée à la Cour d'appel des forces armées, *Hasan v. Gross*, 71 M.J. 416 (C.A.A.F. 2012).

émissaires. Comme à leur habitude, les juges accordent généralement une large déférence aux autorités militaires en considérant d'office ces intérêts comme étant impérieux et le moyen utilisé comme étant le moins restrictif. Or, plusieurs auteurs, dont Adam Frey¹⁰⁰, ont montré que les juridictions faisaient une grossière erreur en refusant de concrètement examiner les demandes d'exemption religieuse. En effet, les raisons du refus du port de la barbe ne sont en aucun cas impérieuses car elles ne sont pas véritablement justifiées. Le fait qu'il existe déjà des exemptions accordées à des religieux, et même à des laïques (les personnes atteintes de folliculite pouvant se laisser pousser la barbe pour des raisons esthétiques), montrent que les préoccupations des autorités militaires ne sont pas légitimes. Les sikhs, les musulmans et les laïcs ayant des problèmes de peau, ont permis de voir qu'il n'y a aucun problème quant à l'apparence soignée des militaires, la barbe ne rendant pas ces soldats négligés. Par ailleurs, il est également possible de voir qu'il n'y a absolument aucun problème quant aux équipements militaires, notamment quant à l'étanchéité des masques à gaz. Il existe même certains masques permettant une meilleure étanchéité en cas de port de la barbe. Et enfin, ces militaires barbus ne sont pas devenus des boucs-émissaires au sein de leurs compagnies comme pouvait le craindre l'armée. Ainsi, les juges auraient dû reconnaître, au nom de la RFRA, que les intérêts invoqués par les autorités militaires, pour refuser le port de la barbe à certaines minorités religieuses, ne sont en aucun cas impérieux. Il y a donc ici une rupture d'égalité entre les militaires.

Il est également possible d'arriver à cette même conclusion avec le port de vêtements ou de symboles religieux. En principe, le règlement de l'armée 600-20¹⁰¹ impose une tenue stricte aux militaires, et il n'est pas permis d'y déroger ou de porter tout vêtement ou accessoire supplémentaire. Cependant, comme cela fut dit précédemment, les religieux peuvent obtenir une exemption religieuse (par exemple, pour les juifs il s'agira du port de la kippa, et pour les sikhs du port du turban). Néanmoins, comme pour le port de la barbe, même si les exemptions sont possibles et ont d'ailleurs été prévues par le Congrès, il n'en demeure pas moins que les autorités militaires rechignent à autoriser ce genre de pratiques religieuses. La raison expliquant ce refus est que selon elles la norme d'apparence uniforme inculque, pour des raisons psychologiques, la discipline, le moral, l'esprit de groupe, la fierté et l'image publique¹⁰² et surtout donne une apparence soignée aux militaires. Et là encore, les tribunaux considèrent dans

¹⁰⁰ Adam E. Frey, "Serving Two Masters: A Scheme for Analyzing Religious Accommodation Requests in the Military", *Air Force Law Review*, vol. 74, 2015, pp. 47-112

¹⁰¹ Army Regulation 600-20, Army Command Policy

¹⁰² Michael A. Alberico, "Shave That Man's Beard, That Is an Order: Why United States Army Service Members Can Be Forcibly Shaved", *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 15, no. 1, 2013, pp. 167-182

leur grande majorité cet intérêt comme étant impérieux sans véritable contrôle, et donc valide la non-autorisation de l'exemption religieuse. Or, ici aussi il existe des exemptions démontrant le caractère injustifié de cet intérêt. Quelques religieux ont pu obtenir des exemptions religieuses leur permettant de porter une kippa ou un turban, et là encore ce port ne rend pas l'apparence du militaire négligée, ces accessoires religieux peuvent être portés de manière professionnelle. D'autre part, il existe une autre exemption qui s'applique assez largement et qui permet à ceux qui en ont droit de faire quelques écarts spécifiques dans la tenue réglementaire, il s'agit de la gente féminine. Les femmes militaires peuvent porter des jupes, avoir les cheveux longs, porter des boucles d'oreilles, un maquillage léger, etc. Cette exemption existerait afin de permettre aux femmes de conserver leur identité féminine¹⁰³. Et la question qui se pose tout naturellement est : pourquoi ne peut-on pas autoriser les militaires à conserver leur identité religieuse dans ce cas ? Par ailleurs, malgré les exemptions à la tenue militaire uniforme accordées à certains religieux et aux femmes militaires, ceux-ci ont parfaitement compris les notions de discipline, de moral, d'esprit de groupe, de fierté et d'image publique. Et donc, une nouvelle fois, les juges ont commis une erreur en considérant l'intérêt invoqué par les autorités militaires comme étant impérieux alors qu'il est injustifié et illégitime.

Ainsi, une grande part des militaires religieux ne bénéficient pas de la protection de leur liberté religieuse que la RFRA devait leur offrir en raison d'une mauvaise application de cette norme par la majorité des juridictions. Ceci a des conséquences fâcheuses pour le militaire qui se retrouve ainsi face à « 2 maîtres »¹⁰⁴ dont les ordres sont inconciliables. Il y a donc de forts risques que le membre de l'armée choisisse d'obéir au « commandement divin » car les répercussions propres à la désobéissance d'une obligation religieuse sont souvent plus fortes que celles qui découlent du non-respect des ordres militaires dans l'esprit des croyants. Ainsi, si l'armée refuse l'aménagement ou l'exemption demandée pour des raisons religieuses, il y a un risque que cela entraîne d'une part la violation d'une « *clause de conformité* » exigée par la religion du militaire, ce qui pourrait avoir selon lui des effets terribles pour sa vie actuelle, voire son devenir après sa mort (donc ces militaires auront tendance à désobéir à l'ordre militaire en cas de refus d'aménagement), et d'autre part, cela pourrait inciter le religieux à se poser comme un martyr, et donc là encore à désobéir à l'ordre militaire car il pensera que sa foi religieuse est mise à l'épreuve (cette conception de martyr et de mise à l'épreuve étant populaire dans plusieurs religions)¹⁰⁵. C'est la raison pour laquelle les autorités militaires doivent

¹⁰³ Adam E. Frey, *op. cit.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

impérativement prendre en compte quelles seraient les conséquences du refus de l'exemption religieuse sur le membre de l'armée, et c'est d'ailleurs ce qui est demandé par la DoDI qui ordonne que chaque demande d'exemption soit considérée notamment en fonction de « *l'effet de l'approbation ou du refus sur l'exercice de la religion par le membre du Service* »¹⁰⁶. Or, il est extrêmement probable que les administrations militaires ne prennent pas véritablement en compte cette donnée.

Cette situation est néfaste pour les militaires religieux, mais également pour l'armée elle-même. Selon Margaret McHugh¹⁰⁷, cela crée un environnement moins tolérant, qui va à l'encontre de l'objectif de l'armée qui est d'avoir une cohésion d'unité, et repousse les progrès de l'armée pour être plus inclusive. Ainsi, ce qui entraîne le refus d'une partie de la population ayant des pratiques religieuses minoritaires d'« entrer dans les rangs » car ceci signifierait renoncer à leurs pratiques religieuses au risque d'entrer en conflit avec leurs obligations divines, et donc reviendrait à renoncer à ce qui compose l'individualité de la personne. L'armée devrait mettre en œuvre des normes raisonnables permettant aux militaires de montrer plus facilement certains aspects de cette individualité, au lieu de continuer ou de créer des conditions qui obligent les militaires à déposer toutes sortes d'aménagement ou à tenter une action en justice¹⁰⁸. Il faudrait que les autorités militaires autorisent plus d'individualisme car c'est ainsi qu'elles obtiendront l'unité et le bon ordre (car les religieux se sentent exclus en cas de refus, non pris en considération, et surtout risquent de désobéir)

Il faut que les juges renoncent à la déférence qu'ils accordent aux justifications des autorités militaires pour refuser les demandes d'exemption religieuse.

Certains membres de la doctrine, comme Adam Frey¹⁰⁹, proposent des solutions « douces » pour inciter les juges à examiner véritablement l'impériosité des intérêts invoqués par l'armée. Pour lui, il faut distinguer deux cas. Si l'exemption religieuse nuit à l'accomplissement de la mission, à la santé, à la sécurité, ou au bien-être des militaires, alors l'aménagement ne doit pas être accordé. Par contre, lorsque cela touche des besoins moins tangibles (comme par exemple la cohésion de l'unité, le bon ordre, ou la discipline), il est toujours possible d'accorder une exemption religieuse si elle est petite et discrète (ce qui est le cas pour la kippa ou le turban, mais le port d'une tenue religieuse complète ne sera pas accepté). Peut-être que cette solution

¹⁰⁶ DoDI, précité

¹⁰⁷ Margaret E. McHugh, *op. cit.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Adam E. Frey, *op. cit.*

pourrait inciter certaines juridictions à exercer un véritable contrôle strict, au moins lorsqu'est invoqué un intérêt moins tangible pour refuser la demande d'exemption. A l'heure actuelle, la majeure partie des juges refusent d'abandonner la confiance qu'ils accordent aux autorités militaires.

Néanmoins, il faut remarquer que quelques juridictions renoncent à la déférence traditionnelle et optent pour un véritable *strict scrutiny*. C'est notamment le cas d'une décision, qui a fait couler beaucoup d'encre au niveau de la doctrine qui y a vu une véritable application de la RFRA, il s'agit de l'arrêt *Singh v. McHugh* de 2015¹¹⁰. L'armée a refusé à M. Singh, un sikh pratiquant, de pratiquer sa religion par le biais du port d'une barbe, de cheveux longs et d'un turban. Le demandeur a considéré que ce refus violait sa liberté religieuse sur le fondement de la RFRA. Bien entendu, les autorités rappellent au juge « *la doctrine [traditionnelle] qui conseille aux juges de faire preuve d'une grande déférence à l'égard du jugement des commandants militaires et de refuser d'interposer leurs propres points de vue sur les questions concernant la composition et la formation des officiers militaires* ». L'armée a considéré qu'autoriser l'aménagement religieux aurait eu un impact négatif sur « *l'état de préparation de l'unité, l'état de préparation individuel, la cohésion de l'unité, le moral, le bon ordre, la discipline, la sécurité et la santé* ». Le tribunal quant à lui considère que l'administration militaire « [lui] demande [...] d'accorder « un degré de déférence qui équivaut à une acceptation inconditionnelle »¹¹¹, [...] *ce qui n'est pas la fonction appropriée d'un tribunal dans une affaire de RFRA* ». Les juges considèrent, qu'au regard des précédents de « *soldats de tous les coins de l'Armée* » qui ont reçu ces différents aménagements religieux, demandés par M. Singh, « *les défendeurs ne peuvent [...] pas simplement invoquer ici des principes généraux - ils doivent faire la démonstration accrue nécessaire pour justifier le refus spécifique d'accorder une exception au demandeur* ». La Cour considérera pour chaque intérêt invoqué qu'il y a absence d'incidence négative en cas de port d'une barbe, de cheveux longs ou d'un turban, et donc l'armée n'a pas démontré que le critère du *compelling interest* est satisfait par l'application de la règle militaire contestée. La demande d'aménagements doit alors être accordée.

Cette jurisprudence est fortement saluée car elle renonce à la déférence, et renoue avec le contrôle strict exigé par la RFRA. Elle assure ainsi une véritable protection de la liberté religieuse des militaires, qu'ils soient issus d'une religion majoritaire ou minoritaire. Il y a donc par ce biais égalité entre les militaires religieux. Cependant, cette décision n'est qu'un début et

¹¹⁰ Tribunal du District de Columbia, *Singh v. McHugh*, 109 F. Supp. 3d 72 (D.D.C. 2015)

¹¹¹ Cour Suprême, *Holt v. Hobbs*, précité

elle n'a pas la force nécessaire pour influencer l'ensemble des juridictions. En effet, elle provient d'un simple tribunal de district, ce qui signifie qu'elle ne permettra pas concrètement un bouleversement général de la jurisprudence et un renoncement de la déférence au niveau de la Cour Suprême, des Cours d'appel, et des autres tribunaux de district. La déférence risque donc de rester le principe (et l'armée compte bien le rappeler aux juges à chaque litige).

Une nouvelle fois, la RFRA est globalement impuissante pour protéger la liberté religieuse des militaires, surtout ceux issus de minorités religieuses. Les juges, pour la majeure partie d'entre eux, sont peu enclins à autoriser les exemptions religieuses, et vont jusqu'à assouplir le contrôle strict et donnent donc une interprétation déformée de la norme RFRA. Ceci est un phénomène qui touche principalement les adeptes de religions minoritaires qui sont les grands oubliés de l'application de la loi de 1993, alors même que cette règle a été adoptée pour protéger leur libre exercice. Ce sont surtout les religions majoritaires qui ont profité de cette norme afin de contrer les lois et règlements adoptés alors même que les lobbys des confessions *mainstream* refusaient leur promulgation ou voulaient expressément une exemption religieuse. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que cette majorité est en grande partie responsable de la vision négative que peut avoir une partie de la population concernant la RFRA et plus largement la liberté religieuse. Cela est dû aux aménagements et exemptions demandés par les membres de religions majoritaires qui impactent régulièrement des tiers, bien souvent constituant des minorités au sein de la société.

Chapitre 2 : La discorde issue de l'application (ou non) de la RFRA aux tiers

Il n'est pas rare que la RFRA soit le fondement permettant de discriminer certaines parties de la population. Elle est donc une nouvelle fois la source d'une fracture au sein de la population. Après avoir divisé les adeptes de religions majoritaires et les minorités religieuses par le biais de son application judiciaire tronquée, cette norme est également à l'origine d'un fossé grandissant entre les membres de confessions (souvent majoritaires) et les tiers.

Tout d'abord, il faut constater que la religion est originellement un facteur de discrimination. John Corvino¹¹² explique qu'il existe une tendance humaine à créer des « in-

¹¹² John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 25

groups » et des « *out-groups* », et les premiers ont souvent tendance à persécuter les outsiders. La religion tend à exacerber ceci.

Cela a été en premier lieu visible lors des guerres religieuses. Souvent les confessions majoritaires oppriment celles qui étaient minoritaires. Il était possible de le voir en France, notamment durant le conflit qui a opposé les Catholiques et les Protestants ; c'est également le cas en Angleterre avec les Anglicans qui ont forcé les Puritains à fuir ; et aux Etats-Unis, c'est un phénomène qui était aussi visible notamment avec les persécutions des Puritains à l'encontre des Quakers. A chaque fois les membres des religions majoritaires sont les instigateurs de l'oppression menée contre les minorités religieuses. Ce phénomène peut aller de simples lois allant à l'encontre des fidèles de confessions minoritaires, voire des lois ordonnant leur exil, et peut même aller jusqu'à forcer ces religieux à se convertir à la confession majoritaire.

Depuis les différentes grandes révolutions qui ont bouleversé ces pays, les religions majoritaires ont de moins en moins stigmatisé les minorités religieuses, la tendance s'est même inversée aujourd'hui, la majorité apportant son soutien aux minorités notamment dans le cadre des demandes d'exemption refusées par les juges¹¹³. Cependant, depuis quelques décennies les guerres menées par les religions majoritaires aux Etats-Unis ne sont plus contre les confessions minoritaires, mais contre certaines parties de la société (toutes religions confondues) qui sont notamment les femmes et les personnes LGBT. Ce qui est d'autant plus vrai avec la révolution sexuelle qui a explosé durant les années 1960 et qui est toujours d'actualité (les revendications pour plus de droits liés aux homosexuels et aux femmes se font toujours entendre).

Or, il faut remarquer que la RFRA donne une arme extrêmement dangereuse pour ces populations, car elle permet aux religieux d'obtenir une dérogation dans l'application d'une norme qui aurait dû leur être opposable. Plus il y a d'exemptions religieuses accordées, moins la norme sera appliquée au sein de la société. Et il ne faut pas oublier qu'il n'est pas rare qu'un aménagement ou une exemption soit accordé pour des raisons religieuses même si son application est dommageable pour les tiers. C'est notamment le cas pour les dispenses confessionnelles accordées dans le cadre des lois sur la vaccination, mais également celles relatives aux mauvais traitements, à la négligence et au meurtre d'enfants. Dans ces deux exemples, les revendications religieuses sont accueillies favorablement au détriment de la santé et de la sécurité publique, et elles ont un coût social important. Dans le premier cas, la non-vaccination expose les enfants et les adultes non-vaccinés à de graves risques de maladies

¹¹³ Voir Partie 2, Chapitre 2

mortelles, et surtout cela fait peser un risque considérable aux autres personnes (il y a déjà eu des maladies mortelles qui ont ravagé plusieurs communautés religieuses dont les membres refusent la vaccination). Autre exemple, ne seront pas poursuivis pénalement les parents qui refusent que leurs enfants reçoivent des soins médicaux car ils croient en la « guérison spirituelle », ceci peut amener à la mort des enfants considéré ici comme un tiers. Enfin, il y a le cas de l'affaire *Munn c/Algee*¹¹⁴, dans laquelle un conducteur qui a renversé une Amish a été condamné pour homicide après que celle-ci soit décédée. Cependant, un des facteurs de sa mort est qu'elle a refusé une transfusion sanguine sur le fondement de ses croyances religieuses. La question se pose de savoir si elle avait accepté cette transfusion, serait-elle toujours en vie (ce qui signifierait que le conducteur ne serait pas condamné pour ce crime). Donc la personne condamnée, qui est considérée comme un tiers par rapport à la religion de cette femme et sa liberté religieuse, subit les conséquences de ses croyances et pratiques religieuses. Ainsi, la RFRA et ses exemptions religieuses ne sont pas sans conséquence pour les tiers, et peuvent leur causer plusieurs dommages. Cela peut même aller jusqu'à refuser certains droits à des individus. C'est notamment le risque qui existe actuellement dans la guerre qui oppose les LGBT et les femmes face aux religions (principalement majoritaires). Les majorités religieuses regroupent une large part de la population, ce qui signifie qu'une exemption religieuse accordée à l'un de leurs membres pourra être invoquée par tous les membres en principe. Cette majorité est contre les droits des LGBT demandant une stricte égalité avec les couples hétérosexuels, et les droits des femmes souhaitant disposer de leur corps et surtout de leurs moyens de contraception. Les religions majoritaires vont donc se fonder sur la RFRA pour obtenir des exemptions qui auront un impact extrêmement négatif sur les droits de ces populations. C'est la raison pour laquelle la RFRA peut être considérée comme un facteur de discrimination pour les LGBT et les femmes (Section 1).

D'autre part, la RFRA suscite également la discorde au sein de la population, non plus en raison de l'utilisation de cette norme par les religions majoritaires, mais tout simplement par l'absence d'application pour les croyances non-religieuses, ayant pourtant un poids tout aussi important dans la vie de son possesseur que les croyances confessionnelles pour un religieux. Or, face au nombre croissant de personnes aux Etats-Unis se déclarant areligieuses, il pourrait être intéressant d'étendre la protection de la RFRA aux personnes présentant des principes moraux similaires aux croyances et pratiques religieuses. Mais pour l'heure, la RFRA favorise

¹¹⁴ Cour d'Appel des Etats-Unis, 5e circuit, *Munn v. Algee*, 924 F.2d 568 (5th Cir. 1991)

la division au sein de la société, et donc le ressentiment de toute une population qui se sent écartée de sa protection simplement parce que leur conscience pourtant analogue à celle des religieux n'est pas reconnue (Section 2).

Section 1 : La RFRA, un facteur de discrimination dans le cadre de la révolution sexuelle

Il faut rappeler qu'à l'origine, la RFRA est issue d'un consensus bipartite. Les progressistes et les conservateurs ont, main dans la main, adopté cette loi qu'ils considéraient d'une importance primordiale. En seulement quelques années, cette concorde a volé en éclat (notamment lorsqu'il a fallu adopter une nouvelle loi de protection de la liberté religieuse après l'arrêt *City of Boerne v. Flores*). Les progressistes ont remarqué que finalement les minorités religieuses n'étaient pas concrètement protégées, or c'était la raison pour laquelle ils avaient décidé de collaborer avec les conservateurs. Et cette alliance ne va pas se reformer de sitôt. Les progressistes sont hautement favorables à l'émergence de nouveaux droits pour les femmes et la communauté LGBT. Pourtant, ils ont remarqué que la RFRA fait courir un risque à ces avancées sociétales par l'octroi d'exemptions religieuses pour le respect de ces droits. Et comme cela fut expliqué précédemment, ce sont surtout les religions majoritaires qui sont à l'origine de cette discorde car celles-ci sont farouchement opposées à l'avortement, à la contraception (ordinaire ou d'urgence), à la stérilisation, aux droits des homosexuels, et au mariage entre personnes du même sexe. Les juges ont eu tendance à élargir la protection de la RFRA (d'une part aux entreprises à but lucratif, et d'autre part en permettant l'application de cette norme aux litiges entre parties privées, donc même lorsque l'état n'est pas partie), ce qui a considérablement augmenté les risques que cette loi fait courir aux droits des femmes et des LGBT.

Le Congrès lors de l'adoption de ces droits était extrêmement favorable à ces populations, c'est la raison pour laquelle il n'a pas accordé d'exemption aux religions majoritaires pourtant fortement présentes lors du processus législatif par le biais de leur lobby. Mais la RFRA donne une « seconde chance » aux adeptes de ces religions afin de faire prévaloir leurs conceptions religieuses par rapport aux nouveaux droits proclamés. Or, comme l'expliquait Michel Rosenfeld¹¹⁵, les religieux ne cherchent pas tant à promouvoir et à protéger les intérêts de leur propre communauté religieuse dans l'espace publique, ils cherchent à soumettre l'ensemble de

¹¹⁵ Michel Rosenfeld, "Can Constitutionalism, Secularism and Religion Be Reconciled in an Era of Globalization and Religious Revival", *Cardozo Law Review*, vol. 30, no. 6, Juin 2009, pp. 2333-2368

la population du système politique à des contraintes normatives émanant de leur propre tradition religieuse mais qui ne sont pas partagées par de nombreux autres membres religieux et laïques du système politique. Ainsi, on retrouve ce qui a été vu précédemment lors des guerres de religions, la majorité religieuse tente de forcer la minorité à se convertir aux préceptes de la confession majoritaire. A l'époque, les religions majoritaires possédaient le soutien de l'Etat pour arriver à leurs fins, aujourd'hui elles possèdent une arme pour atteindre ce résultat, la RFRA. C'est la raison pour laquelle il est possible d'affirmer que la loi de 1993, à l'heure actuelle, représente une menace pour les droits des LGBT, et pour ceux des femmes dans l'accès aux soins relatifs à la reproduction (I).

La résolution de ce conflit sociétal opposant les partisans de la révolution sexuelle et les extrémistes des religions majoritaires armés de la RFRA reste incertaine (II). En effet, cette guerre pourrait prendre fin lorsque les deux camps décideront de sonner l'armistice et d'appliquer un véritable *live-and-let-live*. Ainsi, il faudrait que les religieux s'opposent moins aux droits des LGBT et des femmes et les laissent vivre leurs choix moraux liés à la sexualité. Et d'autre part, le camp adverse devrait accepter la liberté religieuse des fidèles religieux au travers de la disposition législative de 1993. Cependant, cette solution ne tient qu'à un fil car il faudrait que les deux parties se modèrent. Si un « cessez-le-feu » n'est pas trouvé, il y a de grandes chances que la liberté religieuse en pâtisse. Car comme l'explique Douglas Laycock¹¹⁶, la jeune génération soutient la révolution sexuelle, et si les religions majoritaires ne cessent pas de s'opposer aux droits des femmes et des LGBT, alors elles seront considérées comme étant du mauvais côté de cette révolution, et la protection de la liberté religieuse sera très sûrement revue à la baisse.

I- La RFRA : une menace pour les LGBT et l'accès aux soins relatifs à la reproduction

Il existe un profond clivage entre les progressistes et les conservateurs (ou orthodoxes). Ces deux camps représentent chacun deux cultures, deux visions sur la vie publique américaine avec de grandes divergences de nature politique et culturelle. C'est ce qui est traditionnellement appelé la « *Culture War* »¹¹⁷. Ces deux conceptions de la société s'affrontent notamment autour de questions relatives à l'avortement, à la contraception, aux droits des personnes LGBT, etc. Les conservateurs ont une interprétation traditionaliste de ces questions, ils se réfèrent aux

¹¹⁶ Douglas Laycock, "Religious Liberty and the Culture Wars", *University of Illinois Law Review*, vol. 2014, no. 3, 2014, pp. 839-880

¹¹⁷ James Davidson Hunter, *Culture Wars: The Struggle to Define America*, 1991

préceptes des religions majoritaires et considèrent que les solutions à ces problèmes sociétaux sont immuables. A l'inverse, les progressistes pensent que les règles régissant la société doivent évoluer avec elle, c'est la raison pour laquelle ils sont favorables à l'adoption de normes permettant l'avortement, l'accès à la contraception, et la consécration des droits de la communauté LGBT. Cette guerre a commencé vers les années 1980, et elle n'a jamais cessé. Le problème est que depuis les religions majoritaires appartenant au camp des orthodoxes disposent d'une arme leur permettant de contrecarrer les plans évolutifs des libéraux, la RFRA. Sur ce fondement, les religieux pourront obtenir des exemptions religieuses aux lois progressistes en faveur des droits des LGBT et des femmes. Mais comme l'explique John Corvino¹¹⁸, les demandes d'exemption religieuse relatives à ces questions sociétales font croire qu'elles utilisent le langage de la liberté, mais elles n'ont rien à voir avec elle, elles viennent juste signaler la désapprobation de certains modes de vie. Le demandeur veut la liberté pour lui-même et l'opposer fièrement au camp adverse, voire obliger ce dernier à rallier sa vision religieuse vis-à-vis de ses questions. C'est en cela que la RFRA est une arme dangereuse entre les mains de certains fidèles religieux car elle exacerbe la protection de la liberté religieuse des membres de religions majoritaires. Douglas Laycock et Thomas Berg¹¹⁹ considèrent que la revendication de la liberté de chacun doit être définie d'une manière compatible avec la liberté égale et parfois conflictuelle des autres, et donc la liberté religieuse ne peut pas donner aux croyants le droit ou le pouvoir de priver les autres de leur droit de vivre leurs vies selon leurs propres valeurs les plus profondes.

Ainsi, ces « guerres culturelles », qui polarisent la société américaine, sont exacerbées en raison de la RFRA qui apporte une protection accrue de la liberté religieuse, au détriment des droits et libertés de tiers défavorisés, afin que les conservateurs religieux (issus majoritairement de religions *mainstream*, les minorités religieuses étant plus tolérantes) fassent prévaloir leur vision politique et culturelle de la vie publique aux Etats-Unis. La RFRA est donc à la fois un instrument propice aux clivages au sein de la population, et également une puissante arme menaçant les droits et libertés des femmes et de la communauté LGBT.

Tout d'abord, il faut aborder les femmes et leurs droits liés aux soins relatifs à la reproduction. Le point de départ de cette « guerre culturelle » entre les partisans des droits de la gente féminine et les fidèles religieux conservateurs est la jurisprudence de la Cour Suprême,

¹¹⁸ John Corvino, "Reply to Anderson and Girgis", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p.234

¹¹⁹ Douglas Laycock et Thomas C. Berg, "Protecting Same-Sex Marriage and Religious Liberty", *Virginia Law Review Online*, vol. 99, 2013, pp. 1-9

Roe v. Wade, de 1973¹²⁰. Dans cette décision, la majorité des juges ont considéré que les lois du Texas interdisant l'avortement étaient contraires à la constitution car elles allaient à l'encontre du droit des femmes de disposer de leur corps, notamment en décidant si elle voulait ou non continuer leur grossesse. Assez rapidement, les religions majoritaires ont fait pression sur le Congrès par le biais de leurs lobbys afin d'obtenir des exemptions en raison de leurs croyances religieuses. C'est ainsi que le *Church Amendment*¹²¹ a entendu protéger les personnels de santé ayant des préceptes religieux ou des convictions morales opposées à l'avortement, ainsi les hôpitaux privés recevant des fonds fédéraux pourront ne pas pratiquer d'avortement qui serait contraire à leur conscience. Par la suite, d'autres lois ont été adoptées comme le *Coats-Snowe Amendment*¹²² (qui interdit au gouvernement, qu'il soit local ou étatique, de discriminer les étudiants en médecine qui refusent de pratiquer un avortement), et le *Weldon Amendment*¹²³ (pour les femmes bénéficiant de soins de santé financés par le gouvernement fédéral, la couverture des dépenses liées à un avortement ne seront plus financés par des fonds fédéraux, sauf quelques exceptions). Ces lois viennent restreindre un peu plus le droit des femmes de pouvoir procéder à un avortement, et la RFRA, adoptée 20 ans après la décision de la Cour Suprême, va s'avérer néfaste pour cette liberté dans plusieurs états. Plusieurs personnels de santé vont pouvoir bénéficier d'exemptions religieuses afin de ne pas pratiquer l'avortement qui est considéré pour eux comme un crime, une atteinte à la vie qui est sacrée, y mettre fin est un péché d'une importante gravité. Il est vrai qu'il peut sembler de prime abord essentiel de protéger les religieux quant à cette question relative à la vie et à la mort, les membres de confessions religieuses considérant qu'ils attendent à la vie d'un enfant (même si la communauté scientifique débat toujours quant au moment où un fœtus est véritablement vivant). Cependant, protéger des fidèles religieux et leurs croyances ne signifie pas qu'il faut laisser les femmes désirant avorter sans moyens pour le faire et donc leur « interdire » un véritable droit de disposer de leur corps. La protection de la liberté religieuse par le biais de lois spécifiques ou de la RFRA ne doit pas se faire au détriment des droits des tiers. Selon John Corvino¹²⁴, les exemptions ne devraient pas alléger le fardeau de certains membres de religion uniquement pour faire peser un fardeau sur des minorités, peut-être plus défavorisées. Or c'est exactement ce qui est arrivé dans le cadre de l'avortement. Tout d'abord, l'Amendement Hyde

¹²⁰ Cour Suprême, *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973)

¹²¹ *Sterilization or abortion amendment* (42 U.S. Code § 300a-7), promulgué en 2006

¹²² *Coats-Snowe Amendment, Abortion-related discrimination in governmental activities regarding training and licensing of physicians* (Public Law 104-140, § 1(a), 42 U.S. Code § 238n.), promulgué en 1996

¹²³ *Weldon Amendment, Consolidated Appropriations Act* (Public Law No. 111-117, 123 Stat 3034), promulgué en 2009

¹²⁴ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 66

vient porter atteinte au droit à l'avortement des femmes ayant de faibles revenus et qui dépendent donc de la couverture des soins que leur offre le gouvernement fédéral. Certes, certains Etats ont décidé d'utiliser leurs propres fonds afin d'offrir une couverture à ces femmes afin qu'elles n'aient pas à subir une grossesse non-désirée, mais ils ne représentent que 16 états sur 50. Il faut également ajouter à cela que dans plusieurs états, comme par exemple dans le Mississippi, dans le Nebraska et dans le Missouri, le nombre de cliniques est extrêmement faible. Alors qu'en 1982 ces Etats comptaient respectivement 13, 8 et 12 cliniques, leur nombre a commencé à chuter au point où en 2014 il était possible d'en compter 3 pour le Nebraska, 1 dans le Mississippi et 1 dans le Missouri (durant le courant 2016 ce nombre avait même chuté à 0, pour finalement revenir à une clinique dans tout l'Etat). Ces chiffres peuvent notamment être expliqués par les multiples lois et la RFRA permettant aux personnels de santé de ne pas pratiquer d'avortement, et donc il y aurait un manque de médecins spécialistes. Cela n'est pas sans conséquences, il est tout à fait possible d'imaginer une femme qui doit se faire avorter après avoir perdu les eaux à environ 4-5 mois de grossesse, mais l'hôpital le plus proche de chez elle refuse de pratiquer un avortement car cela va à l'encontre de ses principes religieux et moraux. Cette femme ne peut se déplacer devra donc continuer sa grossesse au prix de dommages physiques et psychologiques (dus à la perte de son bébé naturellement et aux complications causées par des efforts futiles de prolonger la grossesse)¹²⁵. Ainsi, la protection de la liberté religieuse vient menacer le droit à l'avortement dont bénéficient les femmes aux Etats-Unis, ce risque est encore plus grand pour les femmes à faibles revenus ne pouvant bénéficier d'une couverture de ce type de soin et ne pouvant se déplacer au sein de cet Etat.

En outre, cette menace que constituent la liberté religieuse et plus particulièrement la RFRA, pour les femmes à faibles revenus et leurs droits, est également visible dans le cadre de la contraception. Pour comprendre cette autre « guerre culturelle », il faut revenir à la décision *Griswold v. Connecticut* de la Cour Suprême¹²⁶ dans laquelle les juges considèrent que l'interdiction légale de la contraception est inconstitutionnelle. A ce moment, cette jurisprudence ne posait aucun inconvénient. Certes il existe des débats au sein de plusieurs religions quant à savoir si l'usage de la contraception est ou non un péché, mais dans leur grande majorité, les religieux ont accepté cette norme. De même la minorité religieuse, opposée à cette décision qu'elle juge immorale, n'a pas posé de problème tant qu'on ne lui imposait pas l'usage de moyens contraceptifs ou leur financement. Ainsi, il fut un temps durant lequel cette question faisait l'objet d'un débat paisible où chaque partie respectait l'opinion du camp adverse et ne

¹²⁵ Douglas Laycock, "Religious Liberty and the Culture Wars", *op. cit.*

¹²⁶ Cour Suprême, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

cherchait pas à imposer sa vision à l'autre. Cependant, c'est en 2010 que la guerre éclata entre les partisans des droits des femmes et les membres de religions majoritaires farouchement opposés à la contraception. L'origine de ce conflit est l'*Affordable Care Act*¹²⁷ qui prévoit que les entreprises doivent fournir une couverture maladie à leurs employés à temps plein ou à ceux qui dépendent d'un employé à temps plein (l'obligation propre au financement de moyens contraceptifs est également connue sous le nom de mandat contraceptif). Parmi les soins couverts, il y a les soins relatifs à la contraception. Un des buts de cette loi est de réduire les grossesses non-désirées chez les femmes à faibles revenus. Bien entendu les membres des religions *mainstreams* ont fait entendre leur mécontentement, et ont considéré que cette mesure était contraire à la clause de libre exercice car pour eux la vie commence dès la fécondation (et certains moyens de contraception y portent atteinte). Plusieurs entreprises ont alors demandé des aménagements religieux afin que cette loi ne leur soit pas applicable et qu'elles n'aient pas à financer les moyens de contraceptions de leurs employées. Une des premières affaires sur le fondement de la RFRA contre cette loi était *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Sebelius*¹²⁸. Il s'agissait d'un organisme religieux qui employait des femmes et qui considérait que fournir à ses employées des moyens de contraception était contraire à ses croyances religieuses car il s'agissait pour les *Little Sisters of the Pooors* d'un péché. Les juges ont accepté la demande d'aménagement de l'organisme. Cet accommodement ne pose pas tant de problème étant donné qu'il est limité aux organismes à but non-lucratif, et plus particulièrement aux organisations religieuses. Cependant, ce sont les décisions qui vont suivre qui menaceront fortement les droits des femmes, surtout celles qui ont de faibles revenus. L'affaire *Hobby Lobby*¹²⁹ est celle qui aura fait couler le plus d'encre car ses conséquences pour l'accès aux moyens de contraception sont importantes. L'entreprise demandant une exemption religieuse appartient à une famille de chrétiens évangéliques (ce n'est pas une petite entreprise, elle compte plusieurs milliers d'employés) et a un but lucratif et non-religieux. La Cour Suprême a considéré que la possibilité de demander un aménagement religieux contre l'ACA n'est pas spécifique aux organisations à but non lucratif, mais s'étendait également aux entreprises à but lucratif, et elle a donc décidé d'approuver la demande du propriétaire de *Hobby Lobby*. Les juges ont considéré que la norme ne répondait pas au critère du « moyen le moins restrictif » car ils ont considéré que l'Etat pouvait lui-même prendre en charge la couverture sociale relative aux contraceptions des employées d'entreprises dont les croyances religieuses sont en

¹²⁷ *Patient Protection and Affordable Care Act* (Public Law 111–148, 124 Stat. 119 through 124 Stat. 1025), promulguée le 23 mars 2010

¹²⁸ Tribunal du District du Colorado, *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Sebelius*, 134 S. Ct. 1022 (2014)

¹²⁹ Cour Suprême, *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 US 682 (2014)

désaccord avec un tel financement. Ici, il y a un problème évident qui se présente pour le droit des femmes d'accéder à des moyens de contraception. Avec l'extension de l'application de la RFRA aux sociétés à but lucratif et non-religieux, un plus grand nombre d'entreprises peuvent refuser de financer ce type de soin pour leurs employées. D'autre part, pour que l'Etat finance lui-même la contraception de ces femmes, il faudra qu'une loi soit adoptée, or le Congrès à majorité conservateur rechigne à adopter un tel projet. Donc cette jurisprudence implique qu'un important nombre d'entre elles vont se retrouver sans couverture pour leurs soins de santé, ce qui est hautement problématique pour les femmes à faibles revenus. Et cette situation ne semble pas s'améliorer aux vues des dernières jurisprudences. Après la décision *Hobby Lobby*, la Cour Suprême a accordé une dérogation temporaire, les entreprises refusant de financer la couverture contraceptive devront envoyer un formulaire à leurs assureurs afin que ces derniers financent la contraception des employées. Cependant, certaines entreprises ont considéré qu'un tel geste revenait encore à autoriser l'émission de moyens de contraception, et donc il leur fut permis d'utiliser le gouvernement comme intermédiaire, mais une fois encore cette décision n'a pas plu car ces entreprises voulaient la suppression pure et simple de l'application de l'ACA à leur entreprise¹³⁰. La procédure à suivre était vivement contestée et parfois incertaine, mais avec l'élection de Donald Trump, cette situation a changé. Celui-ci a ordonné par décret¹³¹ au Département de la Santé et des Services sociaux des États-Unis (HHS) de modifier les règles relatives à l'application de l'ACA afin de « *répondre aux objections fondées sur la conscience au mandat relatif aux soins contraceptifs* ». Le HHS a édicté de nouvelles règles qui prévoient que tout employeur ayant des objections religieuses ou morales à la fourniture de moyens de contraception peut être exempté du mandat de l'ACA. Ainsi, les entreprises dont les dirigeants ont des objections, non plus seulement religieuses mais également morales (donc laïques), peuvent non plus obtenir un simple aménagement à la fourniture de moyen de contraception (où la société doit remplir un formulaire pour son assureur ou avertir une autorité publique), mais peuvent obtenir une exemption (c'est-à-dire que la loi ne s'appliquera tout simplement pas à eux). Et ce nouveau mandat contraceptif a été validé par la Cour Suprême qui l'a déclaré conforme à la constitution¹³². Cette règle a pour conséquence de rendre plus précaire la situation des femmes quant à leur contraception. D'une part, en acceptant les objections morales en plus de celles religieuses, un plus grand nombre d'entreprises peuvent décider d'« économiser » leurs ressources en ne fournissant pas de couverture relative à la contraception pour leurs employées. D'autre part, il ne s'agit plus d'un simple aménagement mais d'une exemption. La

¹³⁰ Cour Suprême, *Zubik v. Burwell*, 578 US _ (2016)

¹³¹ Executive Order 13798, "Promoting Free Speech and Religious Liberty", promulgué le 4 mai 2017

¹³² Cour Suprême, *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*, 591 US _ (2020)

conséquence à cela est expliquée dans l'opinion dissidente de la Juge Ginsburg, cette règle « *laisse les travailleuses se débrouiller seules, rechercher une couverture contraceptive auprès de sources autres que l'assureur de leur employeur [(car celui-ci pouvait être sollicité temporairement dans le cadre de l'aménagement, mais dorénavant avec l'exemption il n'a plus d'obligation de financer la fourniture de moyens contraceptifs)] et, en l'absence d'une autre source de financement disponible, payer les services de contraception de leurs propres poches* ». Elle ajoute que le Gouvernement estime « *entre 70 500 et 126 400 femmes [qui] perdraient immédiatement l'accès à des services de contraception gratuits* ». Une fois encore, ce sont celles ayant de faibles revenus qui sont les plus touchées car elles n'ont pas les moyens nécessaires pour financer elles-mêmes leur couverture contraceptive.

Ainsi, la RFRA, utilisée telle une arme par les fidèles de religions majoritaires, vient nuire aux droits des femmes relatifs à l'accès aux soins reproductifs. Cette norme est donc considérée par les partisans des droits du sexe féminin comme nuisible car elle est l'outil de prédilection des religieux pour contester les avancées sociétales mise en œuvre par les progressistes, et donc pour contraindre le reste de la population à respecter leurs préceptes. Ceci est fortement visible dans les affaires liées à l'avortement et la contraception, mais c'est d'autant plus visible dans les litiges relatifs aux droits des LGBT.

L'homosexualité dans la plupart des religions peut être mal vue, mais dans les religions chrétiennes, qui sont majoritaires, cela est considéré comme un grave péché qu'il faut condamner. La raison avancée par les autorités religieuses de ces religions est que ce serait contre-nature, un homme ne peut aimer qu'une femme selon eux car c'est le seul type de relation permettant de donner la vie. Ceci explique pourquoi les religions majoritaires protestent si farouchement contre le mariage homosexuel. Cependant, cette vision religieuse de l'homosexualité qu'il faudrait réprimander est en désaccord avec la vision progressiste qui au contraire veut protéger les personnes LGBT et leur accorder les mêmes droits que les personnes hétérosexuelles. D'où une nouvelle fois l'apparition d'une « guerre culturelle » relative à cette question sociétale. Ce conflit a réellement commencé à émerger suite à deux décisions de la Cour Suprême. La première, *Lawrence v. Texas*¹³³, date de 2003 et elle déclare inconstitutionnelles les lois qui interdisent les rapports homosexuels entre adultes consentants. Il s'agit ici de la fin des lois pénales contre les relations entre personnes de même sexe dans l'entièreté du pays. La seconde décision est plus récente et date de 2015. C'est l'arrêt *Obergefell*

¹³³ Cour Suprême, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)

v. *Hodges*¹³⁴ qui consacre le mariage homosexuel comme étant un droit constitutionnel sur le fondement du Quatorzième amendement.

Cependant, malgré l'avènement de ces progrès pour les droits des LGBT, les conservateurs religieux ne comptent pas laisser les homosexuels jouir librement de leurs droits, et pour cela ils vont user de la RFRA. Cela est d'ailleurs clairement visible lorsque sont analysées les raisons pour lesquelles l'Indiana a adopté sa RFRA fédérée. Ce sont les lobbys religieux qui ont demandé au législateur de cet Etat de mettre en œuvre cette mesure. C'est donc la preuve évidente que la norme RFRA est considérée par les membres de religions majoritaires comme une arme puissante pour discriminer certaines parties de la population qui vont à l'encontre de leurs préceptes religieux. Sur le fondement de cette règle, les religieux pourront refuser d'apporter des biens ou des services aux personnes homosexuelles que ce soit dans le cadre d'une cérémonie de mariage, ou une fois que le couple de même sexe est marié. C'est le cas notamment de la fourniture de fleurs¹³⁵ et de gâteaux¹³⁶, de la prise de photographies dans le cadre de la cérémonie de mariage¹³⁷, et également des conseillers conjugaux refusant d'aider des couples homosexuels, ou des agences d'adoption contre les relations homosexuelles. Les personnes issues de religions majoritaires vont refuser de valider, de reconnaître ou de faciliter un mariage entre personnes de même sexe. C'est la raison pour laquelle plusieurs litiges vont naître de ce refus, et les juges vont alors devoir regarder si la fourniture du bien ou du service constitue une atteinte substantielle à la liberté religieuse de membres de religions majoritaires. Ainsi, plusieurs auteurs ont proposé des solutions permettant de résoudre ce litige de « *cake war* », il faudrait regarder qui se cache derrière le message du gâteau, si c'est le pâtissier alors réaliser ce gâteau équivaldrait pour lui accepter ce type de relation considéré comme un péché par sa religion ; à l'inverse si c'est le couple homosexuel, alors il n'y a aucune atteinte de la religion de l'artisan¹³⁸. Néanmoins, pour ces religieux, la simple fourniture d'un gâteau lors d'une cérémonie équivaut à faciliter la réalisation du mariage, et donc à approuver la relation condamnable religieusement. C'est la raison pour laquelle les juridictions, une nouvelle fois, ont des visions divergentes. Certaines considèrent qu'il est essentiel de protéger la liberté religieuse sur le fondement de la norme RFRA ; d'autres pensent que la liberté religieuse ne permet pas de nuire au droit fondamental autorisant le mariage homosexuel. Dans tous les cas,

¹³⁴ Cour Suprême, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)

¹³⁵ Cour Suprême de Washington, *State of Washington v. Arlene's Flowers, Inc.*, 441 P.3d 1203 (Wash. 2019)

¹³⁶ Cour Suprême du Colorado, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n*, 137 S. Ct. 2290 (2017)

¹³⁷ Cour Suprême du Nouveau-Mexique, *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013)

¹³⁸ Douglas Laycock, "The Wedding-Vendor Cases", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 41, no. 1, hiver 2018, pp. 49-66

les attaques des membres de confessions religieuses majoritaires ne sont pas sans conséquence sur l'état psychologique des personnes homosexuelles visées. Par exemple, Rachel Bowman-Cryer s'est vue refuser la fourniture d'un gâteau de mariage par un pâtissier aux convictions religieuses anti-homosexuelles. Celle-ci explique qu'après cela elle a commencé à douter, elle se demandait si elle était « *supposée aimer et être aimée, avoir une famille ou aller au paradis* »¹³⁹. Les revendications religieuses faites sur le fondement de la RFRA même si elles n'aboutissent pas causent tout de même des dommages moraux pour les personnes homosexuelles. Tout cela montre que la RFRA est un facteur de division au sein de la population que ce soit entre les partisans du mariage entre individus du même sexe et les fidèles religieux qui y sont opposés, ou entre les juridictions devant trancher les litiges entre les deux camps précités.

Cependant, comme le rappelle John Corvino, les affaires de discrimination de la communauté LGBT ne se limitent pas aux fleurs et aux gâteaux de mariage, mais aussi à l'emploi, au logement et aux biens et services de base. Cette communauté est tout autant discriminée que les femmes et que les minorités raciales¹⁴⁰. Il existe d'ailleurs des affaires très médiatisées dans lesquelles des entreprises, dont les dirigeants ont des croyances religieuses fermes, refusent certains services à des homosexuels ou même décident de renvoyer des employés transsexuels. Là encore la RFRA est en cause car les entreprises rentrent dans la définition du terme « *person* » et peuvent donc bénéficier de la protection de la liberté religieuse. Elles peuvent alors espérer obtenir une exemption religieuse aux lois anti-discrimination si les tribunaux ne reconnaissent pas la protection des minorités LGBT face à la discrimination comme étant un intérêt impérieux¹⁴¹. Encore une fois, la RFRA est propice à la discrimination de toute une minorité afin de soulager le fardeau qui aurait pu peser sur les croyances de religions majoritaires.

Donc, la RFRA est un instrument propice à la discrimination de certaines parties de la population dans le cadre de ces « guerres culturelles ». Comme le dit Frederick Mark Gedicks, la RFRA est une machine génératrice de blessures qui produit une catégorie de personnes blessées, peut-être gravement, afin de s'adapter aux scrupules religieux d'une autre classe plus

¹³⁹ John Corvino, "Reply to Anderson and Girgis", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 223

¹⁴⁰ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 75

¹⁴¹ Thomas Scott-Railton, *op. cit.*

favorisée¹⁴². L'extension de l'application de la RFRA (aux entreprises à but lucratif et non-religieux, et même à des entreprises dont les dirigeants ont de simples convictions morales) et le manque d'unanimité des juges viennent accentuer les menaces qui pèsent sur les femmes et les personnes LGBT, ce qui vient creuser un fossé extrêmement large entre eux et les membres de religions majoritaires qui cherchent à imposer leurs visions au reste de la société. La guerre entre ces deux camps ne semble pas prête de se terminer de sitôt, mais lorsque ce conflit trouvera une issue, la question reste de savoir si les deux parties auront réussi à trouver un terrain d'entente, ou si la liberté religieuse sera glorifiée ou déçue en même temps que la défaite de l'un des deux adversaires.

II- Une guerre sociétale à l'issue incertaine pour la liberté religieuse

Il y a donc un important conflit politique et culturel entre un groupe majoritaire (les conservateurs issus de religions *mainstream*) et certaines parties de la société, surtout des groupes minoritaires, ayant une faible influence sur la prise de décision. En effet, malgré ce que peuvent penser certains membres de la doctrine¹⁴³, les femmes et la communauté LGBT disposent d'un faible poids politique. C'est d'ailleurs ce que remarque John Corvino¹⁴⁴ par rapport aux LGBT, il s'agit d'une population « trainée dans la boue », ce qui explique pourquoi dans certains marchés et dans certaines juridictions, la mobilité sociale et l'influence politique sont sérieusement réduits ; cela explique également pourquoi les lois anti-discrimination à l'égard des LGBT au niveau fédéré ne sont pas très répandue. Ainsi, même si au niveau fédéral on constate une volonté de protéger ces groupes discriminés, à d'autres échelles cette protection est difficile à mettre en œuvre. Cela s'explique par le fait que ces communautés sont très proches des progressistes (qui représentent une des branches du parti démocrate), cependant ce groupe ne réussit pas toujours à l'emporter lors des élections au niveau fédéral (ce qui explique pourquoi dès lors que le Congrès était majoritairement républicain et que Donald Trump a été élu président des Etats-Unis, les droits des femmes relatifs à la couverture contraceptive ont été sévèrement touchés, les libéraux ont été incapables de contrer cela), ou au niveau fédéré (ce qui explique pourquoi certains Etats sont plus ou moins favorables à l'accès aux soins relatifs à la reproduction ou aux droits des personnes LGBT). La société américaine est donc fortement

¹⁴² Frederick Mark Gedicks, "Substantial Burdens: How Courts May (and Why They Must) Judge Burdens on Religion under RFRA", *George Washington Law Review*, vol. 85, no. 1, Janvier 2017, pp. 94-151

¹⁴³ Ryan T. Anderson et Sheris Girgis, "Against the New Puritanism : Empowering All, Encumbering None", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 189

¹⁴⁴ John Corvino, "Reply to Anderson and Girgis", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 228

divisée par rapport à ces questions politico-culturelles, et la RFRA vient accentuer ce débat car considéré comme une arme au service des intérêts des croyants contre les communautés allant à l'encontre de leurs principes religieux. Cette division se rencontre vis-à-vis des juridictions. Selon le niveau mais également la localisation du tribunal ou de la cour juridictionnelle, un litige ne sera pas examiné de la même manière, et donc des approches différentes existeront (cela est d'autant plus vrai pour les affaires opposant des fidèles de religions majoritaires et des personnes LGBT). Certains juges seront favorables aux religions majoritaires et vont donc accueillir positivement leurs demandes d'exemption religieuse ; d'autres au contraire soutiennent les droits des LGBT et considèrent qu'aller à l'encontre de ceux-ci serait discriminatoire, or la protection contre la discrimination est considérée par eux comme un intérêt impérieux, et donc ils rejettent les demandes d'exemption religieuse. Ceci favorise l'émergence de jurisprudences incohérentes relatives à l'application de la RFRA. C'est le cas par exemple de celle de la Cour d'appel du Colorado. Dans l'affaire *Charlie Craig v. Masterpiece Cakeshop*¹⁴⁵, Jack Phillips est un pâtissier qui a refusé de créer un gâteau de mariage pour un couple homosexuel (mais leur laissait la possibilité d'acheter un gâteau déjà préparé) car cela aurait été à l'encontre de ses croyances religieuses. Les juges de la Cour d'appel ont condamné l'artisan en considérant que ce n'était pas le fait de fournir un gâteau pour le mariage qui posait un problème à Phillips, mais le fait de le créer car pour lui la création signifiait que le message dégagé par ce gâteau (à savoir féliciter un couple homosexuel venant de se marier) aurait été le sien (ce qui serait contraire à ses croyances). La Cour a considéré que le message en faveur de l'homosexualité n'était pas celui du pâtissier, mais celui du client, donc elle rejette la demande d'exemption religieuse faite sur le fondement de la RFRA. Cependant, dans cette même décision, le Cour fait référence à plusieurs affaires jugées par la Division des Droits Civils du Colorado¹⁴⁶ et ne condamne pas cette jurisprudence, relative à l'appartenance du message derrière la réalisation du gâteau, totalement différente. Elle semble même l'accepter. Dans ces décisions, William Jack, un éducateur chrétien, a commandé auprès de trois pâtisseries un gâteau comportant une inscription issue de versées de la Bible (notamment « *l'homosexualité est un péché détestable. Lévitique 18:22* »). Les pâtissiers ont tous refusé car ils ne voulaient pas créer un gâteau comportant un message aussi offensant, le religieux a alors considéré que sa liberté religieuse avait été violée. Selon la jurisprudence de la Cour d'appel, il faudrait considérer que le message à inscrire sur le gâteau n'est pas celui du pâtissier mais du client, et donc, même si le message lui paraissait offensant, l'artisan aurait dû préparer ce

¹⁴⁵ Cour d'appel du Colorado, *Charlie Craig v. Masterpiece Cakeshop*, 2015 COA 115 (Colo. Ct. App. 2015)

¹⁴⁶ Division des Droits Civils du Colorado, *Jack v. Gateaux, Ltd.*, No. P20140071X (Mar. 24, 2015) ; *Jack v. Le Bakery Sensual, Inc.*, No. P20140070X (Mar. 24, 2015) ; *Jack v. Azucar Bakery*, No. P20140069X (Mar. 24, 2015)

gâteau. Suivant ce principe, la commande faite par M. Jack, dans la deuxième affaire, aurait dû être réalisée car cela aurait constitué, selon cette jurisprudence, une violation de sa liberté religieuse et sa liberté d'expression. Cependant, la solution prise par la Division des Droits Civils du Colorado (et non remise en cause par la Cour d'appel) est de débouter William Jack au motif que le message à inscrire sur le gâteau doit être considéré comme celui du pâtissier, et comme il est religieux et offensant pour les mariages de personnes de même sexe, alors il était en droit de refuser de le créer. Il s'agit donc ici d'une jurisprudence incohérente visant uniquement à protéger les droits des personnes homosexuelles. Le refus de réaliser un gâteau qui dégage un message favorable aux personnes LGBT peut être condamné à l'inverse de celui relatif à un gâteau dont le message est opposé aux homosexuels. Tout comme il existe des juridictions pro-LGBT, il existe également des juridictions qui auraient jugé ces affaires autrement. Les juges favorables aux conservateurs religieux et opposés au mariage homosexuel auraient très certainement considéré que le pâtissier dans la première décision aurait dû bénéficier d'une exemption religieuse au nom de la RFRA, et que William Jack était en droit de demander un gâteau avec une inscription religieuse (peu importe si les pâtissiers la trouvaient offensante). Ainsi, il existe un véritable fossé entre les juges, et la résolution des conflits dépendra de la juridiction qui devra résoudre le litige. Cela a pour conséquence que chaque camp, lorsqu'il fera face à un juge ayant des visions opposées à lui, se considérera comme discriminé, et donc attisera les flammes de la guerre qui se joue entre eux. Une jurisprudence commune et cohérente serait donc la bienvenue car elle permettrait d'atténuer ce conflit, et la Cour Suprême a déjà eu l'occasion de donner une réponse à la question de savoir s'il était possible d'obtenir une exemption religieuse sur le fondement de la norme RFRA aux lois anti-discrimination¹⁴⁷. Cependant, elle n'y a pas concrètement répondu, ce qui signifie que des solutions divergentes en faveur du conservatisme religieux ou de la communauté LGBT continuent d'exister. La RFRA reste donc une menace pour les droits des LGBT, mais également l'accès aux soins relatifs à la reproduction pour les femmes. Cependant, pour plusieurs membres de la communauté LGBT il s'agit plutôt d'un danger (surtout lorsqu'ils sont face à une juridiction conservatrice), ils veulent une restriction significative de la protection de la liberté religieuse par la RFRA car selon eux c'est une mauvaise chose car elle donne plus de pouvoir à leur ennemi¹⁴⁸. C'est la raison pour laquelle il est possible de considérer que, vu le parti pris de certaines juridictions et les atteintes profondes faites aux droits des femmes et des

¹⁴⁷ Cour Suprême, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ___ (2018)

¹⁴⁸ Douglas Laycock, "Religious Liberty and the Culture Wars", *op. cit.*

personnes LGBT (comme cela fut constaté précédemment), la liberté religieuse, à travers la RFRA, ne sortira pas indemne de ce conflit.

Deux possibilités se présentent, et selon l'issue de la « guerre culturelle », la RFRA soit aura une portée légèrement réduite, soit sera totalement remise en cause en tant que facteur de division au sein des groupes sociaux.

La première hypothèse représente une potentielle entente entre les deux camps, c'est ce que préconise Douglas Laycock¹⁴⁹ par un « *live-and-let-live* » (en dehors des litiges entre la liberté religieuse et le droit à l'avortement étant donné qu'il s'agit d'une question hautement sensible puisque pour les religieux cela revient à « tuer » un enfant¹⁵⁰). Celui-ci explique que les fidèles religieux devraient s'occuper de protéger leur liberté et arrêter de réguler la liberté des autres. Tout simplement, les croyants doivent cesser d'utiliser la RFRA afin de forcer les tiers à obéir à leurs préceptes religieux (relatifs à la contraception ou à l'homosexualité), cette norme ne doit être utilisée que si une véritable menace à leur croyance religieuse existe. D'autre part, ce professeur considère que le mouvement pour la liberté sexuelle et le mariage homosexuel doit protéger leurs libertés plutôt que restreindre la liberté des conservateurs religieux, ils ne doivent pas demander à ce que les religieux assistent ou facilitent des pratiques qu'ils jugent immorales (sauf quand les biens ou les services demandés ne sont pas disponibles chez d'autres fournisseurs). Ainsi, il condamne également certains mouvements en faveur de la révolution sexuelle qui veulent qu'il n'y ait aucun médecin pro-vie (selon eux, les étudiants en médecine devraient choisir des branches qui ne sont pas en contradiction avec leur conscience). Cette solution semble idyllique, cependant, elle pose plusieurs problèmes. Tout d'abord, où s'arrête la liberté religieuse sur le fondement de la RFRA et où commencent les droits des femmes et de la communauté LGBT ? Selon la solution de Douglas Laycock, les religieux doivent uniquement demander des exemptions religieuses sur le fondement de la RFRA que lorsqu'est véritablement menacée leur liberté religieuse (et non pas lorsqu'ils veulent imposer leur point de vue religieux). Ce professeur considère qu'il faut exempter uniquement les religieux vis-à-vis du mariage homosexuel¹⁵¹ ; cependant d'autres¹⁵² considèrent qu'il est nécessaire au nom

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Douglas Laycock, "The Wedding-Vendor Cases", *op. cit.*

¹⁵² Andrew Koppelman, "You Can't Hurry Love - Why Antidiscrimination Protections for Gay People Should Have Religious Exemptions", *Brooklyn Law Review*, vol. 72, no. 1, automne 2006, pp. 125-146 ; l'association Boy Scouts of America dans la décision Cour Suprême, *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000) qui s'est fondée sur les libertés religieuse et d'association pour refuser l'adhésion de James Dale, un homosexuel

de la clause de libre exercice d'accorder un droit à obtenir une exemption religieuse que ce soit dans l'offre de biens ou de services, mais également dans le cadre de l'embauche. Il n'y a aucune limite à la protection de la liberté religieuse par le biais de la RFRA (car les tests relatifs à l'intérêt impérieux et au moyen le moins restrictif peuvent être interprétés assez largement par des juridictions favorables aux conservateurs), et donc il y aura toujours certains croyants qui abuseront de cette norme afin de demander des exemptions religieuses dans le but de restreindre les droits accordés au mouvement de libération sexuelle. Ainsi, le « *live-and-let-live* » serait en pratique impossible à réaliser.

D'autre part, un autre problème soulevé est ce que préconise le professeur Laycock pour la viabilité de sa solution, c'est-à-dire que les entreprises larges et impersonnelles ne puissent pas obtenir d'exemption religieuse, seules le pourront les très petites entreprises où le propriétaire est personnellement impliqué en fournissant un service¹⁵³. Face à cela, il convient de se demander au préalable ce qu'est une très petite entreprise, a-t-elle un nombre d'employés maximum au-delà duquel elle est considérée comme une entreprise large et impersonnelle, peut-elle avoir des employés ou doit-elle être composée uniquement du propriétaire (assisté ou non de quelques membres de sa famille ayant les mêmes croyances religieuses). Concernant les employés, si une très petite entreprise peut comprendre des salariés (autre que des membres de la famille), alors un problème se pose car le propriétaire pourrait donner à son entreprise des croyances qui ne sont pas celles de ses employés (il y aurait même un risque qu'ils soient forcés d'adhérer à certains préceptes religieux du propriétaire relatifs à la contraception ou à l'homosexualité). Ainsi, cette situation ramène au conflit initial, certains religieux veulent imposer leur vision religieuse aux tiers. Si une très petite entreprise ne doit comprendre que le propriétaire pour être qualifiée comme telle, un problème se pose toujours car cette solution semble étrange. Il peut être absurde qu'une entreprise n'ayant pas un but spirituel ait des convictions religieuses. Cette étude considère que ces sociétés ne devraient pas bénéficier de la protection de la RFRA¹⁵⁴. Ceci vaut pour les demandes de gâteaux de mariage, mais également pour tous les litiges précédemment évoqués relatifs à la contraception, au mariage et à l'embauche de personnes homosexuelles. Il est donc primordial de limiter l'application de la RFRA et de refuser que les entreprises, qui ne sont pas des organisations religieuses, puissent obtenir une exemption religieuse. Ainsi, cela permettrait de limiter les conséquences désagréables de l'application large de la RFRA par plusieurs juridictions, et cela viendrait surtout apaiser les tensions entre les deux camps.

¹⁵³ Douglas Laycock, "The Wedding-Vendor Cases", *op. cit.*

¹⁵⁴ Voir Partie 2, Chapitre 2, Section 1

Cette étude n'est pas la seule qui préconise la fin de l'application de la RFRA aux entreprises ayant un but non-religieux. Certains considèrent qu'il faudrait également demander aux sociétés d'afficher publiquement leurs choix religieux (ou non), notamment vis-à-vis du mariage homosexuel. Pour une partie de la doctrine soutenue par Douglas Laycock, cette solution est suffisante, l'entreprise pourra toujours bénéficier d'une exemption sur le fondement de la RFRA en cas de litige avec une personne qui aura été discriminée sur la base de croyances religieuses, même si en pratique l'affichage condamnera l'entreprise car cela impactera sa réputation (les partisans du mouvement de libération sexuelle refuseront de faire appel à cette société pour obtenir des biens ou des services) ; d'autres auteurs, comme John Corvino, considèrent que l'entreprise devra tout de même offrir des biens ou des services à la minorité LGBT, et donc leur refuse la possibilité d'obtenir d'une exemption religieuse en vertu de la RFRA¹⁵⁵.

Ainsi, la première solution n'est pas viable à moins que la RFRA soit resserrée dans son application aux sociétés à but religieux. Si le « *live-and-let-live* » n'est pas applicable, alors c'est la deuxième hypothèse qui pourrait voir le jour et elle serait néfaste pour la liberté religieuse aux Etats-Unis telle qu'elle existe aujourd'hui. La jeune génération est majoritairement partisane du mouvement de libération sexuelle et soutient donc les droits des femmes et des personnes LGBT. Si les membres de religions majoritaires continuent de vouloir imposer leur point de vue religieux à l'ensemble de la population américaine, il est fort probable que celle-ci voit à l'avenir ces fidèles religieux comme étant une menace pour les droits et libertés de tous les citoyens. Il y a un risque concret que la RFRA et plus largement la liberté religieuse soient remises en cause car ce sont les instruments permettant aux religions majoritaires de nuire aux avancées sociétales et politiques. Cette situation pourrait même conduire à une volonté de retour en arrière avec la jurisprudence *Smith*¹⁵⁶ qui préconise une interprétation étroite de la liberté religieuse, et donc un abandon de la norme RFRA propice aux divisions au sein de la population. Ces discordes sont d'ailleurs souvent à l'avantage des religions majoritaires, c'est pourquoi quelques membres de la doctrine ont même pu suggérer de refuser l'application de la norme RFRA aux religions majoritaires déjà protégées par leurs lobbys (même s'ils savent pertinemment que cela est impossible au regard des règles relatives à l'égalité et à la discrimination)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, pp. 81-94

¹⁵⁶ Voir Partie 2, Chapitre 2

¹⁵⁷ Margaret E. McHugh, *op. cit.*

Ainsi, l'utilisation de la RFRA peut favoriser l'apparition de discriminations, peut menacer les droits et libertés des tiers, et donc être propice aux « guerres culturelles » au sein de la population. La loi de 1993 tend à créer des « clans » dans la société américaine. Dans le cadre des droits et libertés relatifs à la révolution sexuelle, il y a d'un côté le mouvement de libération sexuelle favorable à l'apparition de droits d'accès aux soins relatifs à la reproduction, au mariage homosexuel, etc., et de l'autre les fidèles religieux issus principalement de religions majoritaires et qui sont protégés grâce à leurs aménagements ou exemptions (ils peuvent alors discriminer sans crainte et limiter, voir annihiler les droits reconnus à certaines populations fragiles). Et, comme cela a été abordé précédemment, la RFRA vient créer également des « clans » entre les croyants avec d'un côté ceux issus de religions majoritaires qui bénéficient d'une pleine application de cette norme, et de l'autre les minorités religieuses ayant une protection de la liberté religieuse partielle. Enfin, il existe encore une autre situation où la *Religious Freedom Restoration Act* a créé des divisions au sein de la population entre les croyants religieux protégés par cette norme et les « non-croyants » dont les principes moraux et la conscience pourtant analogues aux préceptes religieux ne sont pas protégés au titre de la RFRA.

Section 2 : La mise à l'écart des « non-croyants » par la non-reconnaissance de leur conscience

Les « non-croyants » regroupent toutes les personnes dont les croyances ne sont pas religieuses, et donc qui ne sont ni issues d'une confession religieuse, ni ayant des croyances religieuses « personnalisées ». Certains estiment qu'ils représentent 14% de la population américaine, alors que seuls 7% des américains se déclaraient sans appartenance religieuse dans les années 1990¹⁵⁸, il s'agit donc d'une communauté en expansion. Cependant, ces chiffres sont partiellement erronés car ce pourcentage inclut également certaines personnes qui croient en Dieu et ont des pratiques religieuses. En réalité, il y a ici une confusion entre les « non-croyants » et les « *spiritual but not religious* », les premiers ont des croyances uniquement profanes (malgré le terme « non-croyant » il s'agit d'une population qui croit en certains principes moraux), et les seconds sont assimilables à de véritables croyants religieux¹⁵⁹. Les

¹⁵⁸ Michael Hout & Claude S. Fischer, "Why Americans Have No Religious Preference: Politics and Generation", *American Sociological Review*, vol. 67, 2002, no. 165, pp. 166-167 et 173-175 in Nelson Tebbe, *op. cit*

¹⁵⁹ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2

véritables chiffres sont ceux relatifs aux athées et aux agnostiques qui représentent respectivement 2 à 5%, et 3 à 6% des américains¹⁶⁰. La proportion de « non-croyants » aux Etats-Unis est assez incertaine, mais cela est explicable car cette minorité tente de camoufler sa non-croyance religieuse. La raison de ce phénomène est que les athées et agnostiques sont fortement discriminés au sein de la société américaine fortement religieuse. Ils sont même considérés comme « *la pire minorité* »¹⁶¹. Pour Nelson Tebbe¹⁶², cette augmentation de l'antipathie contre les groupes sans croyance religieuse est due à une diversité religieuse accrue qui peut avoir accentué l'importance des croyances fondamentales. Ainsi, les américains se comprennent de plus en plus comme partageant un sentiment de « spiritualité » qui est considéré comme une partie naturelle de la vie humaine, un aspect universel de l'être humain et sa moralité. Il n'est donc pas rare que les américains majoritairement religieux discriminent les athées et agnostiques. Certains auteurs ont même énuméré plusieurs cas où les « non-croyants » étaient rejetés injustement de certains droits ou étaient désavantagés dans certains litiges¹⁶³. Et c'est exactement ce qu'il se passe dans le cadre de la RFRA. Les juges vont majoritairement rejeter les demandes d'exemption des athées et agnostiques dont les croyances profanes sont substantiellement atteintes par les lois et règlementations prises au niveau fédéral ou fédéré. La raison à cela est que la RFRA et plus largement la clause de libre exercice évoquent spécifiquement « la religion » comme étant un intérêt à protéger. Ce qui n'est pas religieux ne pourra bénéficier d'une exemption. Or, il n'est pas rare que des croyances non-religieuses revêtent la même importance dans la vie de l'individu qu'une croyance confessionnelle dans celle d'un membre d'une religion. La RFRA vient donc poser une distinction entre la morale profane et la morale religieuse. Cependant, ces deux systèmes de croyances ont une base commune, la conscience (ou la moralité dans un sens large). Et il n'est pas rare que chacun de ces systèmes moraux viennent piocher dans les croyances de l'autre. C'est ce qui explique pourquoi certains actes sont condamnés par la conscience collective (qui regroupe la morale profane et la morale religieuse dans leur ensemble), c'est le cas notamment du meurtre, du vol, etc. Au regard de cela, la religion n'est pas spéciale par rapport aux

¹⁶⁰ Nelson Tebbe, *op. cit.*

¹⁶¹ Douglas Laycock, "Sex, Atheism, and the Free Exercise of Religion", *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 88, no. 3, printemps 2011, pp. 407-432

¹⁶² Nelson Tebbe, *op. cit.*

¹⁶³ *Ibid.* : des tribunaux ont interdit à des « non-croyants » de témoigner lors d'un procès, des juges ont refusé de créditer leurs déclaration de décès, les athées ont été interdits de siéger aux jurys, les Etats ont interdit aux « non-croyants » d'exercer des fonctions publiques avec divers degrés de spécificité, les parents qui rejettent la religion ont été désavantagés dans les affaires de garde d'enfants, de futurs parents ont rencontré des obstacles à l'adoption, des détenus se seraient vu refuser des soins médicaux en raison de leur athéisme, des soldats « non-croyants » ont affirmé qu'ils avaient été réprimandés et renvoyés et certains athées et agnostiques ont été victimes de discrimination à l'embauche.

croyances non-religieuses ayant un poids similaire et tout aussi contraignant dans la vie de l'athée ou de l'agnostique (et c'est d'ailleurs ce que considèrent plusieurs auteurs¹⁶⁴). Et donc les principes et pratiques religieux ne nécessitent pas une protection spéciale qui serait écartée pour les pensées athées ou agnostiques similaires. C'est la raison pour laquelle il convient de considérer, tout comme John Corvino¹⁶⁵, qu'il faut étendre les exemptions de la RFRA à des revendications de conscience laïque comparables car la religion n'est pas le seul cas où des minorités subissent les politiques de la majorité.

Bien avant l'entrée en vigueur de la RFRA, les athées et agnostiques bénéficiaient de la même protection. La première décision qui consacre cela est *United States v. Seeger* de 1965¹⁶⁶. Dans cette affaire, Seeger, un agnostique, refusait d'entrer dans l'armée afin d'y faire son service militaire car ses croyances pacifistes allaient à l'encontre de missions qui lui auraient été demandées. Il se fonde sur la protection des objecteurs de conscience¹⁶⁷ qui prévoit que : « aucune personne [...] ne peut être sujette au service militaire dans les forces armées des Etats-Unis, [si] pour des raisons de formation ou de croyance religieuse, elle est consciencieusement opposée à la participation à une guerre de toute forme. La formation et la croyance religieuse [...] signifient une croyance individuelle en relation avec un Etre Suprême impliquant des devoirs supérieurs à ceux provenant de toute relation humaine, mais cela n'inclut pas les vues essentiellement politiques, sociologiques ou philosophiques, ou seulement un code moral personnel ». Ainsi, cette loi exclut spécifiquement toutes les croyances profanes. Cependant, la Cour Suprême va aller au-delà de ce texte et va mettre au point « le test de la croyance » en une relation avec un Etre Suprême » [qui consiste à] savoir si une croyance donnée qui est sincère et significative occupe une place dans la vie de son possesseur parallèle

¹⁶⁴ William P. Marshall, "Extricating the Religious Exemption Debate from the Culture Wars", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 41, no. 1, hiver 2018, pp. 67-78 ; Jonathan P. Kuhn, "The Religious Difference: Equal Protection and the Accommodation of (Non)-Religion", *Washington University Law Review*, vol. 94, no. 1, 2016, pp. 191-232 ; Cecile Laborde, "Equal liberty, nonestablishment, and religious freedom", *Legal Theory*, vol. 20, no. 1, mars 2014, pp. 52-[vii]

¹⁶⁵ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, pp. 64-65

¹⁶⁶ Cour Suprême, *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965)

¹⁶⁷ Il s'agit d'un régime juridique qui a été mis en place progressivement depuis la Première Guerre Mondiale. Auparavant, la situation des croyants ayant des convictions contraires à la guerre était délicate. Par exemple, durant la guerre de Sécession, le Quaker Cyrus Pringle a refusé d'obéir à ses devoirs militaires. Le seul moyen qu'il disposait pour éviter de participer à ce conflit était de payer la somme de 300 \$ au titre de l'*Enrollment Act* de 1863. M. Pringle a refusé de verser ce montant, il a donc été emprisonné et ses conditions de détention étaient précaires. Il n'a pu obtenir une exemption de participer à la guerre (et lui permettant donc d'échapper à l'incarcération) que par le biais de l'intervention du Président Abraham Lincoln. Lors de la Première Guerre Mondiale, les Etats-Unis ont commencé à développer une véritable législation relative aux objecteurs de conscience. Celle est aujourd'hui consacrée par la Section 6(j) de l' "Universal Military Training and Service Act" de 1948 qui assure une véritable protection pour les croyants opposés à tout conflit armé.

à celle remplie par la croyance orthodoxe en Dieu de celui [bénéficie] clairement de l'exemption ». La croyance de Seeger est sincère et significative, et elle occupe une place prépondérante dans la vie de ce pacifiste, une place similaire à une croyance religieuse pour un fidèle religieux. Cette décision est le premier pas en avant de la Cour Suprême pour accorder une protection égale aux croyances profanes ayant un poids égal aux croyances religieuses. Cependant, Seeger, malgré le fait qu'il se présente comme agnostique, explique que ses croyances pacifistes sont basées sur l'étude religieuse et la foi, et il avait tendance à les qualifier de religieuses même si elles n'étaient rattachées à aucune religion précise. Il est fort probable que Seeger était un « *spiritual but not religious* » et non un véritable « non-croyant ». Néanmoins, cette jurisprudence est une avancée pour la liberté de conscience des athées et agnostiques car elle permet de protéger leurs principes profanes, et la Cour Suprême va confirmer cette tendance dans la décision *Welsh v. United States*¹⁶⁸. Cette fois-ci, Welsh a refusé de se présenter à un examen physique après avoir été déclaré disponible pour le service militaire et a invoqué le statut des objecteurs de conscience afin d'obtenir une exemption. Cependant, il affirme que ses croyances ne sont pas religieuses, elles n'ont aucun fondement religieux, et qu'il « *avait de profonds scrupules consciencieux contre la participation à des guerres où des gens étaient tués* ». Le juge Harlan considère que protéger les croyances théistes et non les croyances laïques serait une atteinte à la clause d'établissement, car il y aurait un avantage pour les religieux que n'auraient pas les athées et agnostiques, et donc « *une exemption doit être neutre* » et inclure ceux dont la croyance émane d'une source purement morale, éthique ou philosophique ». La majorité des juges de la Cour Suprême considèrent que Seeger et Welsh « *croyaient fermement que tuer en temps de guerre était mauvais, contraire à l'éthique et immoral, et leur conscience leur interdisait de prendre part à une pratique aussi perverse* ». La Cour Suprême va décider d'accorder une exemption religieuse à « *tous ceux dont la conscience, animée par des croyances morales, éthiques ou religieuses profondément ancrées, ne leur donnerait ni repos ni paix s'ils se permettaient de faire partie d'un instrument de guerre* ». Ainsi de simples croyances profanes « *profondément ancrées* » pourront recevoir le même traitement que des croyances religieuses, ces deux systèmes de pensée bénéficient d'une protection égale.

Cependant, comme cela fut montré précédemment¹⁶⁹, la jurisprudence *Wisconsin v. Yoder*¹⁷⁰ vient resserrer la protection accordée aux croyances profondes des individus. Seules les

¹⁶⁸ Cour Suprême, *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970)

¹⁶⁹ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2

¹⁷⁰ Cour Suprême, *Wisconsin v. Yoder*, précité

croyances ayant un fondement religieux peuvent être protégées sur le fondement du 1^{er} Amendement. Les croyances non-religieuses, pourtant profondément ancrées dans l'esprit d'un individu ne pourront bénéficier d'une telle protection. C'est d'ailleurs ce qu'explique le juge Adams dans la décision *Africa*¹⁷¹ lorsqu'il considère que « *la clause de libre exercice ne protège pas toutes les croyances profondément ancrées* ». Ainsi, les religions sont spécialement protégées à l'inverse des croyances athées et agnostiques sous l'ère *Yoder*, ce qui est contraire à la constitution car comme l'explique le juge Harlan il y a une atteinte à la clause d'établissement en protégeant exclusivement les religieux et non les « non-croyants » ayant des préceptes pourtant similaires (excepté la croyance en un Etre Suprême, en une forme de transcendance, etc.). Et ceci est toujours valable à l'heure actuelle étant donné que la RFRA serait l'application (plus stricte) des anciennes jurisprudences *Sherbert*¹⁷² et *Yoder*. C'est la raison pour laquelle dans leur grande majorité les juridictions sont peu enclines à accorder des exemptions « consciencieuses » aux athées et agnostiques (par ailleurs, ce traitement de cette minorité pourrait expliquer celui accordé aux SBNR souvent considérés à tort comme des « non-croyants »). Cela favorise l'apparition d'hypocrites, des personnes athées ou agnostiques qui rattachent faussement leurs croyances pourtant profanes à un mouvement religieux précis afin de bénéficier de la protection de la RFRA. Les plus sincères sont quant à eux injustement privés d'une telle protection. Pour John Corvino¹⁷³, privilégier les citoyens religieux dans la protection de leurs croyances est arbitraire (d'ailleurs c'est ce que critiquent les membres du pastafarisme, une satire de la religion, en portant une passoire sur la tête sur leur permis de conduire car il s'agirait d'une pratique « religieuse » qui est donc exemptée). C'est pourquoi la majorité de la doctrine est vent debout face à cette distinction injustifiée entre les croyances religieuses et profanes.

Plusieurs juristes ont proposé des hypothèses afin que les « non-croyants » bénéficient d'une protection pour leurs croyances (profondément ancrées, ayant une importance et une portée similaires à celles d'un religieux). Cependant, la RFRA à l'heure actuelle ne permet pas d'appliquer correctement ces solutions que ce soit en raison de son application actuelle qui n'appelle pas à un revirement de jurisprudence, ou en raison de ses « travers généralistes ».

¹⁷¹ Cour d'appel des Etats-Unis, 3e circuit, *Africa v. Commonwealth of Pennsylvania*, précité

¹⁷² Cour Suprême, *Sherbert v. Verner*, précité

¹⁷³ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, pp. 55-56

Douglas Laycock¹⁷⁴ propose que les juges définissent les croyances des athées et agnostiques comme étant des croyances religieuses, car pour lui la non-croyance en Dieu est comme une religion. Ainsi, ce ne serait pas une liberté de conscience qui s'appliquerait aux « non-croyants » mais la liberté de religion entendue dans un sens large. Le professeur Laycock comprend la « religion » comme un terme très large qui comprendrait également la conscience. Ainsi, les croyances profanes seraient protégées dès lors qu'elles sont analogues à celles qui sont religieuses, et cela vaut également pour les pratiques. Cependant, cette solution est rejetée ici par cette étude. D'une part, il serait incohérent que les principes moraux non-religieux bénéficient de la protection propre à la liberté religieuse, même si la morale profane et la morale religieuse peuvent se ressembler sur certains points et appartiennent toutes les deux à ce que l'on peut appeler la conscience, ces deux notions sont distinctes. La morale athée ou agnostique peut être protégée sur le fondement de la liberté de conscience, mais pas sur celui de la liberté religieuse. D'autre part, la majorité des juges n'est pas favorable à cette solution. Cela est fortement visible au travers de la jurisprudence *Meyers*¹⁷⁵, appliquée par quelques juges, qui a élaboré un test afin de distinguer ce qui est religieux de ce qui ne l'est pas afin de protéger le premier mais pas le second, montrant ainsi une volonté de ne pas inclure dans la définition de la religion ce qui est profane. Par ailleurs, les différentes jurisprudences relatives aux SBNR peuvent également être interprétées comme une volonté d'éviter l'inclusion des athées et agnostiques dans le terme « religion ». Ainsi, cette solution n'est pas concluante afin de protéger les croyances et pratiques des « non-croyants ».

Une autre approche a été proposée, il s'agit de la théorie de l' « *Equal Liberty* » de Christopher Eisgruber et Lawrence Sager qu'ils ont développé dans leur livre, *Religious Freedom and the Constitution*. Pour ces auteurs, la liberté religieuse n'est pas une liberté distincte, donc elle devrait être traitée avec un régime plus général fondé sur l'égalité. La religion peut être spécialement protégée, elle ne doit pas être la seule, il faut également inclure dans la protection toutes les croyances et activités dignes de respect. C'est la capacité humaine à agir moralement ou spirituellement, et non à mener une bonne vie avec un contenu déterminé (peut-être religieux) qui devrait fonder le respect que l'état doit aux personnes en tant qu'individus¹⁷⁶. Cette théorie veut une véritable égalité entre les religions majoritaires et minoritaires, mais également entre les croyances religieuses et celles non-religieuses. Cependant, il est difficile de savoir ce qu'est une croyance ou une activité digne de respect, et

¹⁷⁴ Douglas Laycock, "The Religious Exemption Debate", *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 11, no. 1, automne 2009, pp. 139-176

¹⁷⁵ Tribunal du District du Wyoming, *United States v. Meyers*, précité

¹⁷⁶ Cecile Laborde, *op. cit.*

le problème que pose cette théorie est qu'elle vient créer une « *forme de liberté généralisée* »¹⁷⁷. Ainsi, à chaque fois qu'un religieux pourra obtenir un aménagement ou une exemption, un athée ou un agnostique pourra demander le même traitement même si une de ses croyances ou pratiques profanes ne présente pas le même poids, la même force, la même importance que les préceptes et activités religieuses. De simples goûts ou préférences personnels risquent de bénéficier d'une large protection alors même qu'ils ne sont pas « profondément ancrés » dans le système de croyances d'un individu, ils ne sont pas semblables à des croyances religieuses (par exemple, un simple choix esthétique de porter une barbe au sein de l'armée), et ils pourraient être protégés alors même qu'une exemption religieuse n'existe pas. Cette solution amène à un risque important d'anarchie, c'est pourquoi elle doit également être rejetée.

Une dernière solution est de revenir à la méthode de protection égale permettant, non pas d'élargir la liberté religieuse comme le voulait le professeur Laycock ou de supprimer la liberté religieuse au profit d'une liberté très, voire trop large, mais de protéger les « non-croyants » par une protection parallèle à la liberté religieuse. C'est ce que Micah Schwartzman¹⁷⁸ préconise au moyen d'un second filet de protection. Ce professeur reprend l'idée d'Andrew Koppelman¹⁷⁹ que la liberté religieuse est un filet de protection pour beaucoup d'intérêts qui ont besoin d'être protégés (il utilise à ce titre l'analogie du permis de conduire en tant que « filet »). Et M. Schwartzman considère qu'il faudrait créer un second filet pour ceux qui sont passés au travers des mailles du premier (en reprenant l'idée du « permis de conduire », il explique qu'il faudrait créer un autre filet afin que les bons conducteurs qui ont échoués dans le cadre du premier examen, puisse tout de même obtenir leur permis de conduire). Ce second filet serait tout simplement l'*Equal Protection* (sur le fondement des Cinquième et Quatorzième amendements). Lorsque le législateur (ou le juge) crée un aménagement ou une exemption, il l'applique aux croyants confessionnels, cependant cet intérêt à protéger n'est pas nécessairement exclusif aux religieux. En reconnaissant cet intérêt, les tribunaux peuvent étendre l'exemption aux « non-croyants » qui se trouvent dans la même situation¹⁸⁰. Ainsi, il faut qu'une exemption religieuse existe déjà en amont pour pouvoir accorder une exemption pour une croyance ou une pratique profane. Même si la majorité des juges est réfractaire à protéger les athées et agnostiques de manière égale par rapport aux religieux (très sûrement en

¹⁷⁷ Jonathan P. Kuhn, *op. cit.*

¹⁷⁸ Micah Schwartzman, "Religion as a Legal Proxy", *San Diego Law Review*, vol. 51, 2014, no. 1085, p. 1099 in Jonathan P. Kuhn, *op. cit.*

¹⁷⁹ Andrew Koppelman, "Religion's Specialized Specialness", *University of Chicago Law Review*, vol. 79, 2013, no. 71, p. 75 in Jonathan P. Kuhn, *op. cit.*

¹⁸⁰ Jonathan P. Kuhn, *op. cit.*

raison de l'hostilité d'une large partie de la population à l'égard de cette minorité), quelques rares juridictions ont pris des décisions allant dans le sens de la méthode d'*Equal Protection*. C'est le cas tout d'abord d'un juge du tribunal du district de Columbia dans l'affaire *March for Life v. Burwell* de 2015¹⁸¹. March for Life est une organisation pro-vie à but non lucratif et non religieuse, cependant elle considère « *comme un principe fondamental l'idée que la vie commence à la conception [c'est-à-dire à] la fécondation d'un ovule par un spermatozoïde, et considère donc un embryon humain comme une vie humaine à naître* ». C'est la raison pour laquelle elle rejette l'*Affordable Care Act*¹⁸² qui l'oblige à prendre en charge les frais liés à la contraception de ses employées, qu'elle considère comme étant similaire à un avortement. Etant donné que l'organisation est non-religieuse, elle ne peut bénéficier de la protection de la liberté religieuse par la RFRA, c'est pourquoi elle a demandé une exemption sur le fondement du 5^e amendement (qui interdit de « *traiter différemment [les entités qui] se ressemblent à tous égards* »¹⁸³ car les religieux sont exemptés de financer cette couverture contraceptive pour des croyances similaires aux leurs (exceptés la croyance une transcendance, en Dieu, etc.)). Le juge considère que le mandat contraceptif prévoit des aménagements pour les croyances défavorables à l'avortement, mais ce qui « *justifie la protection [...] est totalement distincte du théisme* ». L'intérêt que le législateur a entendu protéger est la « *philosophie morale sur le caractère sacré de la vie humaine* ». Le juge constate ensuite que les croyances sur l'immoralité de l'avortement sont sincères pour l'organisation et ses employés. Et après avoir expliqué que « *la « religion » n'est pas un talisman qui balaie toutes les préoccupations constitutionnelles* », il a étendu l'aménagement prévu par le mandat contraceptif aux croyances profanes par le biais de l'*Equal Protection*. Ainsi, les croyances de l'organisation non-religieuse sont passées entre les mailles du filet religieux, mais le filet de la protection égale a permis de les protéger tout autant que les croyances religieuses. De plus, il y a un autre exemple qui peut être cité, il s'agit de l'affaire *Center for Inquiry Inc. v. Marion Circuit Court Clerk* de la Cour d'appel du 7^e circuit¹⁸⁴. Dans cette affaire, l'Etat de l'Indiana a adopté une loi relative à la célébration de mariages, seuls les juges, les maires et les greffiers peuvent célébrer un mariage, mais il existe une exemption religieuse pour le clergé (par exemple les ministres de l'Évangile, les prêtres et évêques, les rabbins, etc.). L'organisation Center of Inquiry est une société à but non lucratif qui se veut être un groupe humaniste qui prône des « *valeurs éthiques fortes fondées sur la*

¹⁸¹ Tribunal du district de Columbia, *March for Life v. Burwell*, 128 F. Supp. 3d 116 (D.D.C. 2015)

¹⁸² *Patient Protection and Affordable Care Act*, précitée

¹⁸³ Cour Suprême, *Nordlinger v. Hahn*, 505 U.S. 1 (1992) in Tribunal du district de Columbia, *March for Life v. Burwell*, précité

¹⁸⁴ Cour d'appel des États-Unis, 7^e circuit, *Center for Inquiry Inc. v. Marion Circuit Court Clerk*,

raison critique et la recherche scientifique plutôt que sur le théisme et la foi », selon elle « *ses méthodes et ses valeurs jouent le même rôle dans la vie de ses membres que les méthodes et valeurs religieuses jouent dans la vie des adhérents* ». Ce centre considère que la loi de l'Indiana va à l'encontre de leurs principes fondamentaux étant donné que lorsque plusieurs de ses membres ont souhaité célébrer des mariages, cela leur a été refusé au motif qu'ils ne sont pas considérés comme un clergé car il manque la dimension religieuse à cette organisation. La société se fonde sur le Quatorzième amendement et la clause d'égalité de protection afin d'obtenir la même exemption qui existe pour les autorités religieuses. Et les juges de la Cour d'appel vont considérer comme étant irrationnel de refuser cette exemption aux humanistes à moins qu'ils mentent sur la religiosité de leurs croyances et pratiques. Ainsi, lorsqu'un groupe religieux et un groupe athée ou agnostique se trouvent exactement dans la même situation (excepté la croyance en Dieu), au nom de l'*Equal Protection*, l'exemption de l'un doit s'appliquer au second. C'est ce qu'ont considéré un juge du district de Columbia et 3 juges de la Cour d'appel du 7^e circuit, ce qui constitue une faible proportion des juges américains. Or, cette méthode est efficace pour protéger les croyances et pratiques profanes.

Par ailleurs, il faut coupler cette solution avec la méthode polyvalente défendue par Nelson Tebbe¹⁸⁵, qui vise à prendre en compte plusieurs valeurs pour accorder (ou non) l'exemption à un « non-croyant ». Selon cet auteur, plusieurs valeurs comptent et certaines d'entre elles ne protègent pas les non-croyants dans certains contextes, ainsi des variations factuelles peuvent faire la différence. Les juges doivent donc adopter une approche fragmentaire, au cas par cas, plutôt qu'une approche globale de la question de savoir si la « non-croyance » doit être protégée. Un lien est envisageable entre cette théorie et les jurisprudences *Seeger* et *Welsh* qui exigent que les croyances des athées et agnostiques revêtent la même importance que celles d'un religieux, il faut qu'elles soient profondément ancrées dans la vie de l'individu. Ainsi, la solution permettant une véritable protection des croyances profanes analogues aux croyances religieuses est un retour en arrière, il faut revenir à la jurisprudence antérieure à *Yoder*. Et c'est ce qu'ont compris les juges du district de Columbia et du 7^e circuit car ils accordent une protection égale aux croyances non-religieuses des demandeurs après avoir constaté que celles-ci étaient sincères et très importantes pour les différentes organisations et ses membres. Cependant, étant donné que la RFRA est considérée comme la consécration textuelle de la jurisprudence *Yoder*, l'application de cette méthode pourtant salutaire pourrait être considérée comme contraire à cette législation car remettant en cause l'esprit de cette décision de la Cour

¹⁸⁵ Nelson Tebbe, *op. cit.*

Suprême. Par ailleurs, la loi de 1993 pose un autre problème pour l'application de cette solution. Cette norme peut être considérée comme une liberté religieuse généralisée, permettant à tout individu ayant des croyances ou des pratiques religieuses contraires à une réglementation ou à une loi de demander un aménagement ou une exemption. Ces croyances et pratiques religieuses sont de divers ordres, ceci est dû au fait que la religion embrasse une multitude d'aspects de la vie quotidienne que ce soit l'apparence, la nourriture, des vacances, la sexualité, les relations sociales, etc. Et les religions majoritaires bénéficient d'une large gamme d'exemptions religieuses concernant diverses politiques publiques. Or, en vertu de la méthode dégagée précédemment sur le fondement de l'*Equal protection*, si une exemption religieuse existe et qu'un athée ou un agnostique présente une croyance profane analogue, profondément ancrée, alors il pourrait également bénéficier d'une protection identique à celle fournie par la RFRA aux croyants, c'est-à-dire qu'il pourra obtenir un aménagement ou une exemption. Ceci présente un plus grand danger pour l'intégrité des politiques publiques¹⁸⁶, car tout individu pourrait en vertu de croyances ou pratiques profondément ancrées exiger la non-application de cette loi à son cas personnel, cela déboucherait donc sur une situation chaotique, « anarchique »¹⁸⁷.

La RFRA est donc un obstacle à la protection des croyances des athées et agnostiques qui sont similaires aux croyances religieuses (excepté l'idée d'une transcendance, de l'existence d'un Dieu, etc.) et qui mériteraient une protection identique non pas au nom de la liberté religieuse du Premier amendement, mais au nom de la Protection égale prévue par les Cinquième et Quatorzième amendements. C'est la raison pour laquelle il faut considérer que cette norme est contraire à la Constitution car elle nuit à l'application de cette clause constitutionnelle. Mais si les juges l'appliquaient il y aurait un risque d'anarchie, c'est la raison pour laquelle ils ne l'appliquent pas dans leur grande majorité en raison du caractère très large de la protection de la RFRA pour les religieux qu'ils ne peuvent appliquer aux « non-croyants » au nom de l'*Equal Protection*. Ainsi, de nouveau, la RFRA montre qu'elle est une norme favorisant la discrimination de certaines parties minoritaires de la population ayant un poids politique relativement faible et qui ne relèvent pas dans ces litiges de la protection de la liberté religieuse. C'est le cas ici pour les athées et agnostiques dont les croyances et pratiques sont discriminées par rapport à celles des religieux ; mais également des femmes et des personnes LGBT dont les droits sont mis à mal par la tendance nuisible de certains fidèles de religions

¹⁸⁶ Voir Partie 2, Chapitre 1

¹⁸⁷ Juge Scalia in Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

majoritaires à vouloir imposer leur point de vue conservateur sur certaines questions de société. Dans ces deux cas, comme cela a pu être vu précédemment, c'est l'extrême étendue de la protection de la norme RFRA, surtout pour les religions majoritaires, qui nuit à ces minorités. Et pourtant malgré cela, la RFRA est incapable de remplir l'objectif pour lequel elle a été conçue à savoir protéger les minorités religieuses.

Donc, à l'origine, la RFRA avait des avantages et des inconvénients. Elle aurait dû permettre la protection de toutes les personnes religieusement croyantes, elle aurait dû instaurer une protection identique pour toutes les religions, elle aurait dû raffermir la protection des croyances et pratiques religieuses des minorités religieuses. Une application stricte du texte de la RFRA par les juges aurait dû permettre d'arriver à ce résultat. Mais les différentes juridictions par leur interprétation biaisée de la norme ont effacé ce qu'il y avait de bon dans cette loi (à savoir l'obligation de protection des minorités religieuses égale à celle des religions majoritaires), et ont fait ressortir ce qu'il y avait de mauvais en elle. C'est la raison pour laquelle la RFRA dans son application par les juges est une norme de discorde. Elle est facteur de division entre la majorité et les minorités (que ce soit au niveau religieux, ou entre le mouvement de libération sexuelle et les religions majoritaires, ou entre la population majoritairement religieuse et les athées/agnostiques). Une autre de ses tares est qu'elle est une grave nuisance pour l'intégrité, l'effectivité des politiques publiques (car elle vient altérer leur application et leur efficacité) et surtout un risque d'anarchie. C'est la raison pour laquelle plusieurs membres de la doctrine, mais également cette étude, souhaitent sa modification, voire son abandon.

Partie 2 : La RFRA, un frein contesté au développement des politiques publiques

L'un des plus grands défauts de la RFRA est qu'elle accentue les conflits sociaux en permettant aux juges, dans leur grande majorité, de rendre des décisions arbitraires. Ainsi, face à des minorités religieuses ou non-religieuses auxquelles ils sont hostiles, ils interprètent la loi de 1993 de manière assez souple (c'est ainsi que plusieurs minorités religieuses, notamment celles se trouvant en milieu carcéral ou militaire se voient appliquer un faux contrôle strict, un examen extrêmement amoindri par rapport à ce que la RFRA exige). A l'inverse, face à une politique publique progressiste (comme celles relatives aux droits des personnes LGBT ou à l'accès à la contraception), les juges vont mettre en œuvre un contrôle plus sévère que le *strict scrutiny*, qui est pourtant le contrôle maximal. Cela va avoir pour conséquence la création d'un quasi-droit absolu à obtenir un aménagement ou une exemption en raison de croyances ou

pratiques confessionnelles, qui, par ce biais, obtiennent un rang juridique supérieur aux lois et règlements. Ceci entraîne une inévitable altération de l'intégrité, de l'effectivité et de l'efficacité des politiques publiques d'autant plus qu'elles devraient s'appliquer à tous, car en raison de la RFRA certaines d'entre elles ne s'appliquent qu'à un tout petit nombre d'individus, voire plus du tout (Chapitre 1). C'est la raison pour laquelle, plusieurs juristes recommandent de réformer ce régime conflictuel qu'est la RFRA afin d'apaiser les maux qu'elle a pu engendrer (même si cela signifie revenir à une ancienne règle jurisprudentielle vivement contestée) (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Un mécanisme facteur d'incertitudes pour l'intégrité des politiques publiques

En principe, la religion relève de la sphère privée et l'Etat reste dans la sphère publique comme le voudrait la théorie des 2 sphères. Il est d'ailleurs possible de citer une expression souvent utilisée pour expliquer cette conception et qui provient de la religion chrétienne : « *Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu* »¹⁸⁸. Ici le Christ explique que l'argent utilisé est à l'effigie de l'empereur (César étant le surnom qui est donné à tout empereur romain), et donc il faut lui rendre cet argent qui lui appartient ; et en parallèle l'homme devra obéir à son Dieu. Les adeptes de la séparation de l'Eglise et de l'Etat y ont vu une claire distinction entre d'un côté ce qui relève de l'Etat (la sphère publique) qui adopte des politiques publiques auxquelles la population doit se soumettre, et de l'autre ce qui relève de l'Eglise en général (la sphère privée) et qui concerne uniquement les relations purement privées. Si la religion catholique accepte plus facilement cette séparation entre le royaume de Dieu et le royaume de César, d'autres religions comme l'islam ou le judaïsme n'ont pas une telle conception séparatrice dans leurs préceptes¹⁸⁹.

En revanche, il est possible de constater que cette séparation du religieux et du « laïc » / neutre est mis à mal depuis l'avènement de l'Etat providence. Celui-ci a commencé à mener des politiques publiques régissant de plus en plus la vie quotidienne des américains, voire dans le sein même de leur foyer (par exemple, l'Etat a pu prendre des mesures relatives à la nourriture, a établi des normes d'hygiène et de sécurité, a posé des restrictions). Ceci a conduit à un empiétement de l'Etat en dehors de la sphère publique, c'est-à-dire dans la sphère privée, la sphère de la religion. En parallèle, les religions, principalement celles majoritaires, ont fait

¹⁸⁸ Luc 20:25

¹⁸⁹ Michel Rosenfeld, *op. cit.*

leur entrée dans la rédaction des normes par le biais de puissants lobbys. Ils ont alors tenté d'influencer, avec succès ou non, de très nombreuses politiques publiques, et ont amené à l'apparition d'exemptions religieuses en leur faveur. Il y a donc eu une émergence de la religion dans la sphère publique. Ainsi, la théorie des 2 sphères ne tient plus aujourd'hui car l'Etat et les religions empiètent largement en dehors de leurs domaines respectifs.

C'est la raison pour laquelle des exemptions religieuses ont été créées (en effet l'Etat empiétait sur les croyances et pratiques religieuses, et les religions ont influencé le législateur lors de la procédure d'adoption afin d'obtenir d'une exemption pour que la politique publique en cause ne s'applique pas à elles). Selon Ryan Anderson et Sherif Girgis¹⁹⁰, la liberté religieuse est une large limite que l'Etat doit respecter pour permettre aux individus de s'épanouir dans tous les domaines sans annuler lui-même certains de leurs « *biens* » fondamentaux dans le processus. Il faut donc trouver un équilibre entre l'intérêt visé par la politique publique et l'intérêt des religieux. D'où l'adoption de la RFRA selon laquelle il est interdit de porter atteinte substantiellement à une croyance ou pratique religieuse (ce qui signifie qu'un aménagement ou une exemption doit être accordé), à moins que l'intérêt de l'Etat à mettre en œuvre cette politique publique sans altération soit impérieux et qu'il s'agisse du moyen le moins restrictif.

Pour autant, cette loi peut être dangereuse pour l'intégrité, la non-altération générale des politiques publiques. Le premier danger est qu'elle tend à transformer en véritable norme juridique les croyances et pratiques religieuses, au grand dam des politiques publiques reléguées à un niveau inférieur par rapport à elles (Section 1). Par ailleurs, la protection de la liberté religieuse par la RFRA aux Etats-Unis est assez particulière et ce n'est pas sans conséquence pour l'action gouvernementale. Alors qu'en France, la protection de la liberté religieuse se limite à l'intérêt général et au maintien de l'ordre public (qui représente aux Etats-Unis un contrôle intermédiaire), aux Etats-Unis c'est un contrôle strict, il faut un intérêt impérieux (donc plus important que l'intérêt général français). Il s'agit donc d'un haut niveau de protection qui s'avère à l'origine bien difficile à satisfaire. Le problème de la RFRA et de son application par la plupart des juridictions est qu'elles tendent à augmenter ce niveau de contrôle déjà extrêmement élevé, ce qui implique une quasi-impossibilité pour les politiques publiques de ne pas être altérées sévèrement, elles et leurs objectifs (Section 2).

¹⁹⁰ Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, "Against the New Puritanism : Empowering All, Encumbering None", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 129

Section 1 : Les politiques publiques face à la normalisation de préceptes religieux par la RFRA

Il faut constater, comme le juge Burger dans la décision *Bowen v. Roy*¹⁹¹, que les litiges entre les politiques publiques gouvernementales et la liberté religieuse sont devenus « *très éloigné[s] des exemples historiques de persécution et d'intolérance religieuse qui préoccupaient ceux qui ont rédigé la clause de libre exercice du premier amendement* ». Comme cela a été expliqué précédemment, l'Etat providence a impacté plusieurs préceptes religieux de tout ordre. Mais c'est surtout la multiplicité et l'omniprésence des croyances et pratiques religieuses qui ont amené à de multiples démêlés judiciaires entre l'Etat et les religions. Comme l'explique John Corvino¹⁹², il n'y a pas une facette de la vie qui n'est pas touchée par la religion. Il existe donc une importante multiplicité de croyances et pratiques religieuses, et l'apparition d'interprétations personnelles de certains textes religieux, différentes des préceptes de la religion institutionnalisée à laquelle l'individu appartient, vient augmenter le panel de principes et activités religieuses protégées, sur le fondement de la liberté religieuse, et risquant ainsi de nuire aux politiques publiques de l'Etat.

Ainsi, il existe des croyances et pratiques personnalisées qui, à l'inverse de celles des « *spiritual but not religious* »¹⁹³, sont protégées et peuvent obtenir un aménagement ou une exemption à une loi ou à une réglementation leur portant substantiellement atteinte. C'est ainsi que sous l'ère *Sherbert* et *Yoder*, Frances Quaring a obtenu une exemption religieuse pour des croyances religieuses qui lui étaient propres et non-partagées par la communauté chrétienne à laquelle elle est rattachée (même si elle se déclare non-membre d'une religion, elle fréquente une église pentecôtiste)¹⁹⁴. En l'espèce, Mme Quaring a demandé un permis de conduire du Nebraska, mais elle a refusé qu'une photographie d'elle soit prise afin de l'apposer sur son permis conformément à la loi de l'Etat. C'est la raison pour laquelle le département des véhicules automobiles a refusé sa demande de permis de conduire. Or, la justification de Frances Quaring pour le refus d'être prise en photo est que cela porterait une grave atteinte à ses croyances religieuses. Ces dernières sont une interprétation littérale du Deuxième Commandement (« *Tu ne te feras point d'image taillée, de représentation quelconque des choses qui sont en haut dans les cieux, qui sont en bas sur la terre, et qui sont dans les eaux*

¹⁹¹ Cour Suprême, *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986)

¹⁹² John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 46

¹⁹³ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2

¹⁹⁴ Cour Suprême, *Jensen v. Quaring*, 472 U.S. 478 (1985)

plus bas que la terre »¹⁹⁵). Mme Quaring estime que cette obligation est violée en créant une image de la création de Dieu, c'est pourquoi elle « *ne possède aucune photographie de son mariage ou de sa famille, ne possède pas de téléviseur et refuse toute décoration dans sa maison représentant des fleurs, des animaux ou d'autres créations de la nature. Lorsqu'elle achète des denrées alimentaires affichant des images sur leurs étiquettes, elle enlève l'étiquette ou efface l'image avec un marqueur noir* ». Cette croyance n'est aucunement partagée par l'église chrétienne qui l'interprète comme l'interdiction des idoles et de leur adoration (en vertu de cette obligation, l'église condamne l'idolâtrie qui s'apparente aux pratiques païennes, c'est-à-dire rendre un culte à l'image d'un dieu comme si elle était le dieu en personne). C'est pourquoi, les chrétiens ne condamnent aucunement le fait de représenter ou de prendre tout être vivant ou élément de la nature en photo. Frances Quaring explique qu'il s'agit d'une croyance qui découle de sa propre étude de la Bible. La Cour Suprême estime donc que le refus de cette femme d'être prise en photo est liée à une croyance religieuse sincère, et l'obligation qui découle de la loi du Nebraska porte une atteinte substantielle à ses préceptes religieux. Par ailleurs, l'Etat n'a pas pu démontrer que cette norme visait un intérêt impérieux. Ainsi, les juges sous l'ère *Sherbert* et *Yoder*, mais également aujourd'hui sur le fondement de la RFRA, protègent les croyances religieuses personnalisées appartenant à des individus qui se rattachent à un mouvement religieux particulier (comme c'est le cas de Mme Quaring, mais qui n'est pas celui des SBNR).

En outre, même si les préceptes religieux en général posent un problème de forte altération des politiques publiques, ce sont surtout ceux qui sont propres à l'interprétation religieuse d'un seul individu qui représentent la plus grande menace sur le fondement de la RFRA. Par conséquent, selon cette norme législative, les croyances issues d'institutions religieuses ou issues de l'esprit d'un seul individu sont protégées, et sont donc opposables aux lois et réglementations pouvant leur nuire. C'est la raison pour laquelle le juge Waite a considéré que permettre aux croyants d'obtenir une dérogation à l'application d'une règle normative en raison de leurs préceptes religieux « *reviendrait à rendre les doctrines professées de croyance religieuse supérieures à la loi du pays* »¹⁹⁶. Il est aujourd'hui possible de considérer que les croyances et pratiques protégées sur le fondement de la norme RFRA acquièrent une valeur identique à cette norme en raison de la protection qu'elle leur offre. Il est possible de considérer que la RFRA a un niveau supra-législatif car elle s'impose à toutes les législations du Congrès (cependant elle n'a pas une valeur constitutionnelle, car la Constitution des Etats-Unis

¹⁹⁵ Exode 20:4 ; Deutéronome 5:8

¹⁹⁶ In Cour Suprême, *Reynolds v. United States*, précité

s'applique aux Etats, or la jurisprudence *City of Boerne v. Flores*¹⁹⁷ ne permet pas l'application de la RFRA fédérale aux Etats). Au niveau fédéré, si la norme RFRA a été adoptée en tant que loi du Congrès, elle obtient une valeur supérieure aux lois fédérées. Dans les cas où la norme a été inscrite dans la constitution des Etats ou que les juges interprètent cette constitution sous l'angle de la RFRA, alors elle a un niveau constitutionnel. Donc, les croyances et pratiques religieuses, selon les cas, obtiendront un poids supra-législatif ou constitutionnel. Le plus gros danger pour l'intégrité des politiques publiques est lorsque l'individu lui-même crée ses propres croyances et pratiques religieuses, qui seront protégées au titre de la RFRA par le biais d'aménagements ou d'exemptions. C'est ce que craint le juge Waite¹⁹⁸, mais également le juge Scalia¹⁹⁹, car cela reviendrait à « *permettre à chaque citoyen de devenir une loi pour lui-même* ». C'est-à-dire que tout individu peut se prévaloir de quelconques croyances et pratiques religieuses de son choix, qui obtiendront un rang supra-législatif ou constitutionnel, et qu'il pourra imposer aux politiques publiques gouvernementales, notamment les lois neutres d'application générale.

Donc un homme, ayant la qualité de religieux, peut modifier le statut juridique qui lui est propre comme il le souhaite.

Pour mieux comprendre ce que regroupent les termes qualité et statut, il convient de quitter un instant le domaine de la liberté religieuse et les Etats-Unis, et de s'intéresser au droit de l'asile dans l'Union européenne. La distinction entre ces deux notions est clairement visible dans les affaires C-391/16, C-77/17 et C-78/17 de la Cour de justice²⁰⁰. En l'espèce, il y avait un problème avec la Directive 2011/95/UE car celle-ci prévoit que le statut de réfugié peut ne pas être octroyé ou peut être révoqué si l'individu concerné constitue une menace pour la société ou la sécurité de l'Etat d'accueil²⁰¹. Or, le problème de droit est que la Convention de Genève prévoit une liste exhaustive d'exclusion de la qualité de réfugié²⁰². La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si les termes statut et qualité étaient des synonymes, et si c'est le cas alors la Directive est invalide car contraire à la Convention²⁰³. La Cour a considéré que les deux

¹⁹⁷ Cour Suprême, *City of Boerne v. Flores*, précité

¹⁹⁸ Cour Suprême, *Reynolds v. United States*, précité

¹⁹⁹ Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

²⁰⁰ CJUE, 14 mai 2019, *M. c/ Ministerstvo vnitra, X. c/ Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. jointes C 391/16, C 77/17 et C 78/17

²⁰¹ Article 14 § 4 à 6, Directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011

²⁰² Article 1^{er} F, Convention de Genève relative au statut des réfugiés, du 28 juillet 1951

²⁰³ Le droit de l'Union européenne devant être conforme à la convention de Genève selon l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 78 du TFUE

termes n'étaient pas synonymes. La qualité renvoie au titre que reçoit le réfugié lorsqu'il remplit les conditions pour devenir réfugié, tandis que le statut renvoie aux droits et obligations que le réfugié acquiert en devenant réfugié (à moins qu'il constitue une menace pour la sécurité ou la société pour le droit de l'Union européenne).

En principe, la qualité est accordée lorsqu'un individu remplit certaines conditions, et il acquiert ainsi un statut composé de droits et d'obligations régis par le législateur. Seul lui a le pouvoir de modifier le statut propre à une qualité juridique, soit en l'agrémentant de nouveaux droits soit en lui imposant de nouvelles obligations.

Et pourtant, dans le cadre de la RFRA, un individu doit avoir des croyances et pratiques religieuses pour obtenir la qualité de religieux (les juges rajoutent également comme condition implicite l'obligation d'appartenir à une institution religieuse, ou au moins d'être rattaché à un mouvement religieux²⁰⁴). Le statut du religieux est défini par la RFRA, l'individu bénéficie d'un droit à la protection de sa liberté religieuse, et peut espérer obtenir un aménagement ou une exemption en cas de conflit entre ses croyances et pratiques religieuses et certaines politiques publiques. De cette manière, en obtenant une exception religieuse à l'application d'une loi ou d'une réglementation, le religieux voit son statut agrémenté d'un nouveau droit (le droit de ne pas respecter la norme opposée à ses préceptes religieux). Donc, c'est l'individu religieux lui-même qui bouleverse son statut, son « champ juridique personnel » car il choisit lui-même qu'elles sont les normes qui lui seront ou non applicables. Et même si le législateur a « autorisé » l'individu à définir ses propres droits et obligations en tant que religieux, mais également en tant que citoyen américain (les droits à aménagement et à exemption qu'il a obtenu en tant que religieux vont impacter son statut juridique de citoyen américain composé en principe des lois et réglementations contraires à ses croyances et pratiques religieuses), cela va toujours à l'encontre du principe précédemment défini. En effet, le législateur peut inviter une autre autorité à définir les droits et obligations composant le statut propre à une certaine qualité juridique. Mais il faut que cette autorité soit différente de ceux qui bénéficieront de cette qualité et donc de ce statut. Or, dans le cas des religieux, cela n'est pas le cas, ce sont eux qui définissent le droit qui leur est applicable et opposable. Ce qui est d'autant plus vrai avec les individus ayant des croyances et pratiques religieuses personnalisées comme Frances Quaring. Par ailleurs, il faut également craindre l'apparition d'hypocrites, des individus qui déclarent faussement croire à des préceptes religieux et être rattachés à un mouvement religieux afin de bénéficier d'une exemption pour une loi ou une réglementation dont ils cherchent à éviter

²⁰⁴ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2

l'application à leur propre personne (pour diverses raisons, mais vraisemblablement pas religieuses). Il s'agit d'un véritable danger en raison d'une forme de droit consumérisé (chacun choisit ses propres droits et obligations comme bon lui semble en invoquant un motif avec un tant soit peu de religiosité).

Ce problème relatif à l'autodétermination de son statut juridique est propre à la liberté religieuse interprétée sous le prisme de la RFRA. Pour les autres libertés constitutionnelles, les aménagements, les exemptions ou les annulations propres à la loi ou à la réglementation litigieuse n'amènent pas au même phénomène. Par exemple, une loi vient nuire à la liberté d'expression d'un individu, peu importe ce qu'il compte dire, car au final c'est l'expression elle-même qui est protégée et non son contenu, c'est pourquoi la loi sera tout simplement annulée pour tous. Dans ce cas, l'individu ne choisit pas ce que contient son discours afin d'obtenir des droits supplémentaires ou moins d'obligations. Tous les individus protégés au titre de la liberté d'expression ont le même statut juridique qui leur permet d'avoir un droit à la protection de leur liberté d'expression. Et surtout ce sera plus souvent les lois portant directement atteinte à cette liberté qui seront annulées, et pas toutes les dispositions législatives pouvant y porter atteinte, même indirectement. Pour la RFRA, ce que contiennent les croyances et pratiques religieuses est primordial puisqu'elles seront protégées. Vu qu'il est possible de choisir ce contenu, alors tout individu religieux peut décider que telle loi ne lui sera pas applicable grâce à la RFRA, alors même que cette loi peut ne pas concerner directement la religion. Pour John Corvino²⁰⁵, un régime d'exemption généralisé comme l'est la RFRA conduit à un risque concret d'anarchie, car cela revient à « *conditionner la légitimité des lois à une variété potentiellement infinie de scrupules religieux* », en raison de la multiplicité et l'omniprésence des croyances et pratiques religieuses. En effet, en raison du large spectre de groupes religieux et de leurs préceptes au sein de la population, la RFRA entrave les efforts du gouvernement à mettre en œuvre certaines politiques publiques, surtout celles progressistes, car elle est interprétée comme offrant (quasiment) toujours une exemption aux lois généralement applicables qui pèsent indirectement sur la liberté des individus d'exercer des croyances ou des pratiques religieuses (de nombreuses, voire toutes les lois risquent de nuire à la liberté religieuse car la religion a une influence considérable sur la vie quotidienne)²⁰⁶. Voilà pourquoi la RFRA est hautement critiquable, car elle positionne les croyances et pratiques religieuses à une

²⁰⁵ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 47

²⁰⁶ Tania Saison, "Restoring Obscurity: The Shortcomings of the Religious Freedom Restoration Act", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 28, no. 4, été 1995, pp. 653-690

position supérieure à toutes les lois et réglementations dans la pyramide des normes, ce qui signifie que ces dernières doivent être conformes aux préceptes religieux. Dans le cas contraire, alors un aménagement ou une exemption est accordé afin de les rendre conformes à la religion. Et par ce biais, l'individu qui a pu choisir librement ses croyances, voire les inventer, a, par sa seule volonté, modifié ses droits et obligations, notamment par rapport aux lois et règlements contestés. Ceux-ci devront donc offrir ce type d'exemption à toutes les croyances et pratiques religieuses analogues, or elles sont extrêmement nombreuses au sein des religions majoritaires. Par exemple, si un précepte religieux est propre à la religion chrétienne, alors chaque américain appartenant à cette confession pourra bénéficier de cette exemption, ce qui représente une très large part de la population des Etats-Unis. Au final, la loi ou le règlement aura perdu son intégrité, son effectivité globale, cette norme sera altérée par les multiples exemptions (liées aux principes religieux choisis ou inventés), ce qui amènera à des « *lois gruyères* »²⁰⁷, néfastes pour la mise en œuvre concrète de l'action gouvernementale.

C'est pourquoi, ce que disait le juge Frankfurter²⁰⁸ (« *les scrupules de conscience n'ont pas au cours de la longue lutte pour la tolérance religieuse libéré l'individu de son obéissance à une loi générale ne visant pas à promouvoir ou à restreindre les convictions religieuses* », c'est-à-dire une loi neutre d'application générale) est remis en cause à l'heure actuelle avec la RFRA, et c'est fortement critiquable. C'est d'ailleurs ce que considère également John Corvino²⁰⁹, « *faire en sorte que l'obligation des individus d'obéir aux lois dépende de l'adéquation de la loi à leurs croyances est généralement une erreur* ». C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine, mais également cette étude, considère qu'il faut abandonner la RFRA telle qu'elle est aujourd'hui. Cette norme est néfaste pour l'action gouvernementale. Elle vient offrir aux individus qui sont proclamés religieux, à tort ou à raison, un large droit d'altération des politiques publiques, car elle leur permet de modifier eux-mêmes les obligations qui leur incombent en vertu d'un statut juridique autre que celui de religieux (par exemple, en tant que citoyen américain, en tant que médecin, en tant que chef d'entreprise, etc.) grâce à leur droit à aménagement ou à exemption (sous la réserve de la preuve d'un intérêt impérieux et d'un moyen moins restrictif, même si les juges rejettent souvent les revendications de l'Etat car plus

²⁰⁷ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 52

²⁰⁸ Juge Frankfurter in Cour Suprême, *Minersville School Dist. Bd. of Educ. v. Gobitis*, 310 U. S. 586 (1940)

²⁰⁹ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 31

favorables aux religieux²¹⁰) pour tout type de loi ou réglementation. Il faudrait donc modifier (même s'il est fort probable d'une modification ne soit pas suffisante), voire abroger la RFRA. Ceci permettrait de revenir à la règle *Smith*²¹¹ qui viendrait protéger l'intégrité des politiques publiques, tout en protégeant les croyances et pratiques religieuses des lois qui ne sont pas neutres et d'application générale (et malgré les critiques de l'ensemble de la société américaine lors de sa conception, cette jurisprudence est grandement salutaire, même pour les croyants²¹²). En effet, avec *Smith*, il n'y a pas d'octroi d'exemption ou d'aménagement religieux systématique mettant à mal l'action gouvernementale et les croyances et pratiques confessionnelles qui ne bénéficient pas d'une valeur supra-législative ou constitutionnelle car elles ne peuvent renverser l'application générale d'une loi neutre. *Smith* est donc la solution face à la normalisation des croyances et pratiques religieuses, de plus en plus nombreuses, et dont la multiplicité nuit aux intérêts gouvernementaux.

Ainsi, avec la RFRA, les préceptes religieux deviennent des normes supérieures aux lois et réglementations permettant aux individus, se présentant comme des croyants appartenant à un mouvement religieux, de réviser leur statut librement afin de modifier les normes juridiques qui leur sont opposables. Cette large liberté vient nuire aux politiques publiques et aux raisons pour lesquelles elles ont été adoptées, surtout en raison de la multiplicité des exemptions dues à une explosion des croyances et pratiques religieuses. Cela est d'autant plus vrai que la seule bouée sur laquelle l'action gouvernementale pouvait compter pour sauver l'intégrité et les objectifs des mesures mises en œuvre était les critères de l'intérêt impérieux et du moyen le moins restrictif. Or, les juges, en appliquant la RFRA, utilisent une version encore plus stricte du contrôle maximal, ce qui a pour but de favoriser les religieux dans leurs demandes d'exemption. Et donc, cela confirme que la RFRA favorise l'altération des politiques publiques.

Section 2 : Une application de la RFRA favorisant l'altération de l'action gouvernementale

Les croyances et pratiques religieuses deviennent donc des normes opposables au législateur, supérieures aux lois et règlements. Mais ceci est principalement le résultat de l'application de la RFRA par les juges qui, dans leur grande majorité, favorisent les demandes d'exemption

²¹⁰ Voir Partie 2, Chapitre 1, Section 2

²¹¹ Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

²¹² Voir Partie 2, Chapitre 2

religieuse et donc amènent à la perte d'intégrité et d'efficacité des politiques publiques. Comme cela fut dit auparavant, la RFRA vient consacrer textuellement l'utilisation du *strict scrutiny* afin de vérifier que les textes normatifs ne nuisent pas substantiellement sans raison impérieuse à la liberté religieuse des Américains. Cependant, la RFRA donne un fort degré de discrétion aux juges lors de ce contrôle²¹³ (les éléments-clés de l'examen strict ne sont pas définis par la loi, les juridictions peuvent donc les définir comme elles l'entendent, voire les modifier arbitrairement selon les cas qui se présentent face à elles, ce qui est hautement dangereux), c'est pourquoi la majorité de la doctrine nomme ce contrôle « *fatal scrutiny* »²¹⁴ car les autorités gouvernementales sont incapables de remplir les critères exacerbés du contrôle strict exigés par les juges. Les demandes d'exemption sont considérées comme étant accordées, en raison de ce phénomène, sauf pour de très rares exceptions. Bien entendu, il faut souligner que ceci vaut majoritairement pour les demandes résultant de religieux appartenant ou simplement rattachés à un mouvement religieux majoritaire (pour les minorités religieuses, les juges sont plus partagés, certains appliqueront ce « contrôle fatal », tandis que d'autres seront extrêmement conciliants avec le gouvernement ; à l'inverse pour les religions majoritaires, la grande tendance est à l'altération de l'action gouvernementale par un contrôle impossible à satisfaire).

Pour rappel, il y a 4 critères à satisfaire pour obtenir une exemption religieuse sur le fondement de la RFRA, il faut : que la croyance ou la pratique religieuse soit sincère, que l'atteinte que porte la loi ou le règlement à ces préceptes confessionnels soit substantielle, que l'intérêt invoqué par l'autorité publique pour justifier cette atteinte soit impérieux, et que la norme contestée soit le moyen le moins restrictif pour la liberté religieuse. Face à d'autres types de protection de liberté constitutionnelle, l'application de ces critères ne pose pas de problème et n'amène pas à un contrôle « fatal » pour les politiques publiques. Néanmoins, la RFRA et son application par les juges vient durcir ce contrôle déjà extrêmement strict, notamment en rendant ces 4 critères hautement favorables aux demandeurs issus de religions majoritaires, au grand dam de l'Etat et de l'intégrité de ses politiques publiques.

Concernant le contrôle de la sincérité des croyances ou pratiques religieuses, en pratique, dans la majeure partie des affaires liées à la liberté religieuse et à la RFRA, il n'existe pas. En

²¹³ Christopher C. Lund, "RFRA, State RFRA's, and Religious Minorities", *San Diego Law Review*, vol. 53, no. 1, Février-Mars 2016, pp. 163-184

²¹⁴ Gerald Gunther, "Foreword : In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court : A Model for a Newer Equal Protection", *Harvard Law Review*, vol. 86, 1972, pp. 1-48 in John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", *op. cit.*

effet, les juges refusent d'exercer un tel contrôle car ils ne veulent pas être des inquisiteurs, c'est pourquoi depuis les jurisprudences *Sherbert* et *Yoder* la sincérité est présumée et, est généralement non remise en question. Ce qui signifie que tout individu voulant nuire à l'action gouvernementale ou ne pas se voir appliquer une règle précise peut s'inventer une croyance ou une pratique religieuse pour obtenir un aménagement ou une exemption, même si cette croyance n'est pas sincère il sera protégé. Cependant, il faut avouer qu'il existe des décisions exceptionnelles dans lesquelles les juges ont procédé à ce type de contrôle, mais c'est uniquement lorsqu'il existait un doute sérieux que les croyances et pratiques religieuses n'étaient pas sincères et étaient juste opportunistes. C'est ce qu'a considéré le juge dans l'affaire *Hasan* précitée²¹⁵. Dans cette décision, le demandeur était un militaire demandant à porter la barbe devant la Cour martiale au nom de ses croyances religieuses. Le juge a refusé d'accéder à sa demande car il a remarqué que le demandeur n'a jamais porté la barbe auparavant, que ce soit avant ou pendant la fusillade qu'il a perpétré dans une base militaire, ou durant certaines audiences préliminaires. Cette Cour a donc considéré que la croyance n'était pas sincère car le demandeur n'avait jamais exprimé l'envie de la respecter, il s'agit plutôt d'une demande d'exemption opportuniste. Donc, lorsqu'il existe un doute sérieux que les préceptes religieux d'un individu ne sont pas sincères car le mode de vie ou le comportement quotidien de celui-ci ne reflètent pas, voire contredisent ces principes, alors le contrôle de la sincérité peut être mise en œuvre. Mais dans la majeure partie des cas, ce critère est présumé (ce qui laisse libre cours aux hypocrites inventant des croyances et pratiques religieuses, qui ne sont pas opposées avec son mode de vie, afin d'obtenir la protection accordée par le RFRA, ce qui s'avère être une très grande menace pour les politiques publiques et leur application intègre).

En parallèle, le demandeur doit également prouver que ses croyances et pratiques religieuses subissent un fardeau substantiel provoqué par la loi ou le règlement attaqué. Ainsi, en principe, toute atteinte à des préceptes religieux ne doit pas obligatoirement faire l'objet d'aménagement ou d'exemption. Ce critère permet au législateur de ne pas voir toutes les dispositions juridiques qu'il adopte être altérée en raison de multiples exemptions que des individus demandent en vertu de croyances et pratiques religieuses atteintes par cette loi mais de manière insignifiante. Ce critère est considéré comme étant l'un des plus importants de ce contrôle strict (avec celui de l'intérêt impérieux) car il a un rôle central dans l'analyse de la RFRA²¹⁶. Cependant, celle-ci n'a pas défini ce qu'elle entend par « substantiel », ce qui signifie que pour son application il n'y a pas de niveau de gravité minimal pour qualifier ainsi un fardeau. Cela a pour

²¹⁵ Cour d'appel pénale de l'armée, *Hasan v. United States*, ARMY MISC N°. 20120876, 20120877

²¹⁶ Thomas Scott-Railton, *op. cit.*

conséquence que les juges interprètent cette notion comme ils l'entendent (d'autant plus que la Cour Suprême n'a pas non plus donné de définition à ce terme). Dans la majeure partie des cas (principalement lorsqu'est en jeu les croyances et pratiques d'une religion *mainstream*), le juge fera sienne l'évaluation du demandeur quant à la substantialité de l'atteinte subie par sa religion en raison de la règle juridique attaquée. Cela est extrêmement critiquable. Comme James Madison l'expliquait « *aucun homme n'est autorisé à être juge dans sa propre cause, parce que son intérêt aurait certainement biaisé son jugement et, ce qui n'est pas improbable, corromprait son intégrité* »²¹⁷. Or, c'est le cas dans les décisions prises sur le fondement de la RFRA. Les juges se rangent derrière le jugement du demandeur concernant son propre cas. C'est lui qui dit que ses croyances sont sincères, et les juges acquiescent majoritairement ; et c'est également lui qui considère que la loi ou le règlement porte atteinte substantiellement à ses préceptes religieux, et là encore les juges valident sans véritable contrôle. Le demandeur devant prouver sa sincérité et la substantialité du fardeau devient à la fois partie et juge de son affaire concernant ces deux critères. Quelques fois les juridictions pourront tout de même demander à ce que le demandeur prouve l'existence d'une sanction pour la violation de la loi litigieuse. Mais là encore ce critère est mince et ne montre en rien la véritable substantialité de l'atteinte (principalement dans le cas des religions majoritaires et quelques religions minoritaires). Peu de lois ne font pas l'objet d'une sanction en cas de violation²¹⁸. Donc il sera assez simple pour le demandeur de valider ce contrôle, et malgré ce semblant de critère exigeant, le religieux reste juge et partie. Frederick Mark Gedicks²¹⁹ a cependant réfléchi à cette notion de substantialité et a considéré qu'elle devait regrouper deux éléments : la souffrance liée à des coûts religieux substantiels (c'est-à-dire le coût porté à la religion) et la souffrance liée aux coûts laïques substantiels (autrement dit la sanction laïque en cas de désobéissance à la loi). Il faut que ces deux éléments soient présents et qu'ils soient d'une extrême gravité, ainsi si l'obéissance à une loi entraîne des coûts religieux minimes, alors la loi n'a pas imposé une charge substantielle même si la sanction laïque est énorme (amendes, emprisonnement). Cet auteur remarque que les juges analysent bien souvent la présence de coûts laïques substantiels pour que soit validé le caractère substantiel, c'est notamment le cas dans la décision *Little Sisters of the Poor* de 2014²²⁰. Pour lui, il faut impérativement contrôler la souffrance liée aux coûts religieux

²¹⁷ James Madison, *The Federalist*, no. 10, p. 59 (Jacob E. Cooke ed., 1961) in Frederick Mark Gedicks, "Substantial Burdens: How Courts May (and Why They Must) Judge Burdens on Religion under RFRA", *George Washington Law Review*, vol. 85, no. 1, Janvier 2017, pp. 94-151

²¹⁸ Thomas Scott-Railton, *op. cit.*

²¹⁹ Abner S. Greene, "Religious Freedom and (Other) Civil Liberties: Is There a Middle Ground ?", *Harvard Law & Policy Review*, vol. 9, 2015, no. 161, pp. 183-185 in Frederick Mark. Gedicks, "Substantial Burdens: How Courts May (and Why They Must) Judge Burdens on Religion under RFRA", *op. cit.*

²²⁰ Tribunal du District du Colorado, *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Sebelius*, 134 S. Ct. 1022 (2014)

substantiels. Mais les tribunaux rechignent car cela irait selon eux à l'encontre de la doctrine de la « question religieuse » qui refuse qu'un juge remette en cause la religion (et donc ce qu'un religieux considère comme portant une atteinte grave à ses croyances). Néanmoins, le professeur Gedicks estime qu'il convient de contrôler cette substantialité par rapport aux doctrines du droit laïque permettant de déterminer quand la responsabilité d'un fait illicite peut être correctement attribuée à une personne, il faut qu'il existe un lien de causalité avec l'atteinte hypothétique pour qu'il y ait substantialité (l'auteur prend d'ailleurs exemple sur les litiges relatifs à la contraception, si c'est un assureur tiers qui fournit les moyens de contraception et que l'entreprise finance les autres prestations non-contraceptives, alors il n'y a pas substantialité car il n'y a pas d'immédiateté, il faut que l'atteinte envers la religion soit directe).

Concernant ces deux premiers critères dont la preuve est à la charge du demandeur, actuellement, le principe qu'a créé la RFRA est que le demandeur est à la fois juge et partie. Le juge n'analysera (sauf rares exceptions) ni la sincérité de ses croyances religieuses, ni la substantialité de l'atteinte portée à sa religion. Ce qui signifie que n'importe quel individu, ne voulant pas qu'une loi lui soit applicable mais ne pouvant y déroger en raison d'un risque d'amende ou d'emprisonnement, peut s'inventer un précepte religieux (ou rallier faussement un mouvement religieux ayant telle croyance) et déclarer que la norme législative porte atteinte à ce principe confessionnel pour obtenir une exemption religieuse lui permettant de supprimer, de sa propre volonté validée par un juge, l'obligation qui lui incombait en vertu de la loi. Ce qui a pour conséquence de nuire à l'intégrité de la politique publique mise en œuvre, et ceci assez facilement. Ainsi, pour reprendre les propos de Frederick Mark Gedicks, « *l'efficacité du droit fédéral et de larges pans du droit des Etats est menacée par un régime d'exemptions religieuses dont les limites dépendent principalement de la retenue des croyants qui en bénéficient* »²²¹. C'est la raison pour laquelle il faut évoquer un véritable droit pour les croyants d'obtenir une exemption religieuse venant altérer l'intégrité et l'efficacité des politiques publiques. Cela se vérifie d'autant plus que le juge se montre hostile aux intérêts de l'Etat, privilégiant ainsi le demandeur religieux.

Les autorités publiques doivent ensuite à leur tour prouver que l'intérêt qui se cache derrière la loi ou le règlement attaqué est impérieux, et qu'il s'agit du moyen le moins restrictif pour atteindre cet objectif. Cependant, le juge va inspecter ces critères de manière extrêmement

²²¹ Frederick Mark Gedicks, "Substantial Burdens: How Courts May (and Why They Must) Judge Burdens on Religion under RFRA", *op. cit.*

sévère, d'où le surnom de « *fatal scrutiny* », car ainsi mis en œuvre le contrôle strict prend des airs d'un examen dont l'échec devient quasiment la seule possibilité de résultat.

Tout d'abord, concernant le test du « *compelling interest* », il faut expliquer qu'il existe, de base, peu d'intérêts impérieux. « *Seuls les abus les plus graves mettant en danger les intérêts primordiaux* »²²² pourront être considérés comme des raisons suffisantes pour porter atteinte aux croyances et pratiques religieuses des individus. Pour reprendre un des exemples cités dans la jurisprudence *Reynolds v. United States*²²³, la protection de la vie peut être considérée comme un intérêt impérieux qu'il faut protéger, et qui justifie que la liberté religieuse soit écartée lorsque des croyances ou pratiques religieuses prônent les sacrifices humains. Toutefois, ce critère pose deux problèmes qui auront un impact néfaste pour les actions gouvernementales. Avant tout, il n'existe pas de définition claire et précise de l'intérêt impérieux. De sorte qu'une nouvelle fois ce sont les juges qui placent le niveau d'importance à partir duquel un intérêt peut obtenir l'adjectif d'impérieux. Pour certaines juridictions, un simple intérêt général pourrait être considéré comme étant impérieux ; pour d'autres, seule une poignée d'intérêts peuvent obtenir cette qualification, ce qui atténue la possibilité pour l'Etat de conserver l'intégrité totale de ses lois et règlements. Par ailleurs, ce manque de clarté par rapport à cette notion d'impériosité conduit à un risque d'arbitraire de la part des juges. Il est à craindre que le camp politique des juges (progressiste ou conservateur), la religion du demandeur, mais également leur propre religion puissent influencer le niveau à partir duquel un intérêt est caractérisé comme étant impérieux. Les juges étant pour la plupart favorables aux conservateurs risquent de minimiser l'importance des intérêts que le gouvernement souhaite protéger par le biais de droits et obligations à visée progressiste, et donc favoriser l'altération de ces politiques publiques, voire les rendre inefficaces si l'exemption accordée peut viser un large nombre d'individus religieux pour qui ces lois et règlements ne s'appliqueront pas. Un autre problème lié à l'impériosité de l'intérêt de l'autorité publique est que la RFRA place la barre beaucoup plus haute qu'elle ne l'était sous l'ère *Sherbert*²²⁴. La loi de 1993 vient rehausser le niveau d'importance des intérêts gouvernementaux à protéger, alors même qu'il avait été constaté qu'un examen plus strict de ce critère pouvait causer des ravages, car les croyants religieux pourraient alors obtenir des exemptions pour presque toute mesure juridique²²⁵. Une fois encore, la RFRA et son application exigeant un renforcement de l'importance de l'intérêt de l'Etat viennent nuire à la mise en œuvre de politiques publiques intègres. Comme le disait John Corvino, « *les lois restreignent*

²²² Juge Rutledge in Cour Suprême, *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945)

²²³ Cour Suprême, *Reynolds v. United States*, précité

²²⁴ Thomas Scott-Railton, *op. cit.*

²²⁵ William P. Marshall, *op. cit.*

la liberté, et le gouvernement a besoin de très bonnes raisons pour restreindre la liberté »²²⁶. Cependant, les juges rejettent arbitrairement ces raisons et ces dernières ne sont pas jugées suffisamment impérieuses pour être protégées (et pourtant, peu d'intérêts peuvent bénéficier de cette qualité, alors même qu'ils sont d'une grande importance pour l'autorité publique). De cela résulte plusieurs exemptions religieuses. Or, « *des exemptions fréquentes [et nombreuses] pourraient saper non seulement ces raisons mais aussi le respect de la loi de manière plus générale* »²²⁷. Le test de l'intérêt impérieux entraîne donc un danger pour l'intégrité et l'efficacité concrète des lois et règlements.

Enfin, dernier critère, il faut que le gouvernement prouve que la règle attaquée soit le moyen le moins restrictif pour la liberté religieuse du demandeur. Mais là encore l'application de la norme RFRA par les juges vient nuire aux politiques publiques. Généralement, le contrôle de ce critère n'est pas mis en œuvre car le test de l'intérêt impérieux est suffisant pour accorder l'exemption. Mais dans le cas inverse, le « moyen le moins restrictif » devient le seul rempart pour évincer l'application des lois et règlements aux religieux, et les juges ont tendance à utiliser ce contrôle pour altérer l'intégrité de l'action gouvernementale. En effet, lors de l'examen du moyen le moins restrictif, les cours et tribunaux ne vont pas regarder si un autre moyen moins attentatoire pour la liberté religieuse peut être mis en œuvre ; mais s'il existe tout moyen imaginable plus respectueux de cette liberté, même s'il n'est pas véritablement réalisable. Pour mieux comprendre ce problème, il est nécessaire de reprendre en exemple la décision *Hobby Lobby*²²⁸. La Cour Suprême a considéré dans cette décision que le gouvernement pouvait assurer la protection de son intérêt impérieux par le biais d'un autre moyen portant moins atteinte à la liberté religieuse de l'entreprise à but lucratif, c'est-à-dire en finançant lui-même la couverture contraceptive des employées de sociétés ayant des croyances religieuses contraires à certains types de contraception. Cependant, en considérant qu'il était possible d'imaginer un autre moyen moins restrictif, la Cour a validé la demande d'exemption mais elle ne s'est pas assurée que ce moyen pouvait concrètement voir le jour. Elle n'a pas regardé au-delà de l'imagination, du monde de la pensée. Elle n'a pas essayé de visualiser cette idée dans le monde réel, voir si elle était réalisable, si elle pouvait être effective. Elle n'a pas tenu compte de la réalité politique et économique qui empêche concrètement la mise en œuvre de ce moyen moins restrictif. En effet, du point de vue politique, comme cela fut expliqué précédemment, la majorité des membres du Congrès ne partageait pas les vues progressistes de l'ancien législateur

²²⁶ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 52

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ Cour Suprême, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, précité

du temps de l'adoption de l'*Obamacare*. Les conservateurs majoritaires suite à l'arrêt *Hobby Lobby* ont refusé que l'Etat finance la fourniture de soins contraceptifs pour la majorité des femmes américaines. Donc si la Cour avait véritablement analysé la réalité politique, elle aurait constaté qu'il aurait été bien difficile, voire impossible, de mettre en œuvre ce moyen moins restrictif. Et surtout, la Cour aurait dû vérifier que ce moyen pouvait être mis en œuvre au regard de la réalité économique. Si cette jurisprudence n'avait été validée que pour les sociétés à but non-lucratif cela aurait eu un impact moins important car ces dernières ne représentent que 15% de l'économie nationale (et le nombre d'entre elles qui refusent de fournir des moyens de contraception à leurs salariées pour des raisons religieuses sont encore moins nombreuses), donc leur part d'employées n'est pas extrêmement élevée et le financement de leur couverture contraceptive ne représenterait pas une dépense excessive²²⁹. Pour autant, la Cour Suprême a étendu l'application de la RFRA à toutes les entreprises, y compris celles à but lucratif, ce qui signifie une augmentation considérable du nombre de femmes, travaillant dans des entreprises défavorables religieusement à la contraception, auxquelles le gouvernement devrait fournir une couverture contraceptive. Ce qui représente un coût très, voire trop important pour les dépenses publiques, ce qui nuit à la réalité économique de ce moyen moins restrictif. Malgré que la Cour Suprême a constaté l'existence d'un intérêt impérieux à fournir des moyens contraceptifs aux femmes employées, elle décide de nuire à celui-ci en invoquant un simple moyen restrictif imaginable, mais pas forcément réalisable conduisant ainsi à une altération de cette politique publique, mais surtout à une mise à mal de son objectif.

Donc, concernant ces deux derniers critères, on constate que fréquemment les juges vont soit considérer arbitrairement que l'intérêt gouvernemental n'est pas impérieux, alors même qu'il revêt une certaine importance (notamment dans certains cas de protection des droits des tiers), soit, s'il existe un *compelling interest*, imaginer n'importe quel moyen moins restrictif d'atteindre cet objectif, même si celui-ci n'est pas réalisable. Au final, ceci montre une certaine hostilité des juges à l'égard des autorités publiques dans les affaires relatives à la liberté religieuse et à la RFRA, ce qui n'est pas sans conséquence pour les politiques publiques, pour les raisons de leur adoption, mais également pour les potentiels tiers ayant reçu une forme de protection de leurs droits grâce à l'action gouvernementale. Toujours dans l'affaire *Hobby Lobby*²³⁰, la décision hautement favorable aux religieux chefs d'entreprises a pour conséquence

²²⁹ U.S. CENSUS BUREAU, STATISTICS OF U.S. BUSINESSES, NAICS SECTORS, LEGAL FORM OF ORGANIZATION (LFO) (2011), in Andrew Koppelman et Frederick M. Gedicks, "Is Hobby Lobby Worse for Religious Liberty than Smith", *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy (Minnesota)*, vol. 9, no. 2, printemps 2015, pp. 223-247

²³⁰ Cour Suprême, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, précité

d'altérer l'intégrité de la couverture contraceptive exigée par l'*Affordable Care Act*²³¹ (en élargissant l'application de la RFRA, un plus grand nombre d'entreprises pourront bénéficier de l'exemption religieuse, plus de sociétés demanderont à obtenir cette non-application de cette politique publique, plus l'intégrité de celle-ci sera atteinte au risque qu'elle ne puisse plus du tout s'appliquer s'il n'y a plus d'entreprises pour qui elle continuera d'être applicable). Par ailleurs, cette décision vient également nuire à l'intérêt que le gouvernement entendait protéger au travers de cette loi, à savoir assurer une couverture contraceptive aux femmes, surtout à celles ayant des revenus faibles, et ainsi éviter les grossesses non-désirées (dont le coût économique sera toujours moins important que la fourniture de moyens contraceptifs). En accordant l'exemption religieuse, la Cour vient couper l'accès à la contraception pour bon nombre de femmes. Ces dernières devront payer de leurs poches leur contraception (en raison d'une impossibilité de mettre en œuvre le moyen moins restrictif imaginé par la juridiction), ce qui est bien délicat pour les femmes dans une situation précaire ne pouvant donc financer elles-mêmes leurs moyens de contraception, ce qui favorise de nouveau les grossesses non-désirées. Ainsi, l'hostilité de la Cour envers le gouvernement dans cette affaire a conduit à remettre totalement en cause ce pourquoi cette politique publique avait été mise en œuvre, cette décision et son manque de réalisme ont sapé l'intérêt impérieux qui a conduit à l'adoption du mandat contraceptif. Et enfin, cette jurisprudence a amené à des conséquences négatives pour les femmes et leur accès à certains contraceptifs pourtant protégés par l'ACA. Les employées, surtout celles à faibles revenus, subissent ainsi un préjudice discret, ciblé et important²³² car elles ne pourront plus bénéficier d'une couverture contraceptive nécessaire pour éviter les grossesses non-désirées, mais également, pour bon nombre d'entre elles, pour lutter contre l'acné, les règles douloureuses, certaines maladies hormonales comme le syndrome des ovaires polykystiques, et certains cancers. Ainsi, ce phénomène d'hostilité des juges à l'égard des autorités publiques dans les litiges propres à la RFRA a de très larges conséquences nuisibles pour les politiques publiques et ceux qui pourraient en bénéficier.

La RFRA offre donc aux demandeurs religieux une présomption automatique d'invalidité des lois et règlements. Cette norme et son application viennent offrir un large avantage aux religieux. Dans la première partie de la décision, ce sont eux qui vont juger leurs litiges, ils vont considérer que leurs croyances sont sincères et que le gouvernement porte une atteinte substantielle à leurs principes et pratiques religieux, et le juge ne va généralement jamais

²³¹ Patient Protection and Affordable Care Act, précitée

²³² Andrew Koppelman et Frederick M. Gedicks, *op. cit.*

remettre en cause cette opinion. Cela est vrai pour les religions majoritaires, mais également pour la plupart des religions minoritaires, excepté quelques-unes pour lesquelles l'hostilité des juridictions est plus forte que celle qu'elles ont envers les autorités gouvernementales (c'est notamment le cas pour les membres de la religion amérindienne comme cela a été vu précédemment²³³). Et dans la seconde partie, là encore les religieux sont avantagés étant donné que les juges vont adopter une interprétation de la RFRA fatale pour les autorités publiques, car ils vont contrôler « l'intérêt impérieux » et le « moyen le moins restrictif » avec une extrême sévérité, et il sera difficile, voire impossible, pour le gouvernement de satisfaire ces deux tests. Ceci entraîne donc une « *présomption automatique d'invalidité des lois et règlements* »²³⁴ sur le fondement de la RFRA. C'est là l'un des plus grands dangers de cette norme, qui accorde de manière perpétuelle toute exemption religieuse à tout individu faisant une objection religieuse à un acte juridique, ainsi, la durée de vie de l'intégrité d'une politique publique contestée par de nombreuses religions, surtout majoritaires, voire par certains individus hypocrites se créant des croyances religieuses pour l'occasion, est extrêmement courte. Finalement, l'ensemble de la politique publique et l'intérêt pour laquelle elle a été mise en œuvre vont en éclat en raison des trop nombreux aménagements et exemptions accordés par les juges.

Cette situation va trop loin et est beaucoup trop dangereuse pour l'action gouvernementale dans son ensemble. Cela est d'autant plus vrai qu'il est courant qu'un individu bénéficiant d'un droit ou d'une liberté cherche à en abuser le plus possible. C'est par exemple le cas des entreprises à but lucratif dans le cadre de la protection accordée par la RFRA. Celles-ci, au début, ne bénéficiaient d'aucune protection ; puis la Cour Suprême leur a accordé la même protection que celles dont bénéficient les organisations religieuses à but non lucratif²³⁵ ; aujourd'hui, certaines entreprises à but lucratif veulent une nouvelle fois une extension de la protection de la RFRA afin qu'elles disposent de la même protection que celle dont bénéficient les Églises²³⁶, notamment par rapport à l'exemption ministérielle qui permet aux églises de ne pas respecter les lois anti-discrimination et donc de refuser d'employer, par exemple en tant que prêtre ou rabbin, tout individu dont la nomination irait à l'encontre des préceptes religieux (ce serait le cas si une femme était nommée prêtre au sein de l'église catholique). Cette exemption existe par rapport au lien de confiance entre les membres de l'institution religieuse

²³³ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1

²³⁴ Stephen Siegel, "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny", *American Journal of Legal History*, vol. 48, 2006, p. 355 in Andrew Koppelman et Frederick M. Gedicks, *op. cit.*

²³⁵ Cour Suprême, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, précité

²³⁶ Fassassi Idris, « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 32, 2016-2017, Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle, pp. 785-807

et celle-ci, mais également en raison des valeurs profondes existant dans certaines religions vis-à-vis de son clergé. Etendre cette exemption à toutes les entreprises à but lucratif serait extrêmement critiquable car cela aurait des conséquences graves sur l'emploi de certaines minorités comme les personnes LGBT, ou de certaines parties de la société traditionnellement discriminées à l'embauche comme la gente féminine. Ainsi, si une telle extension de la RFRA devait arriver alors ce serait le coup de grâce pour l'intégrité des lois anti-discrimination, pour les intérêts qu'elles protègent, et pour les populations pour lesquelles cette protection est nécessaire.

C'est la raison pour laquelle les juges doivent arrêter d'être aussi conciliants avec les demandeurs religieux et hostiles avec les autorités publiques et leurs politiques progressistes car cette situation n'amènera qu'à plus de disparités sociales, de conflits au sein de la population, et d'impossibilité pour le gouvernement de mettre en œuvre des réformes progressives. Ce qui n'est pas sans rappeler le gouvernement des juges au début du XXe siècle où la Cour Suprême usait du contrôle de constitutionnalité pour annuler les lois progressistes qu'elle considérait automatiquement contraires à la constitution ; aujourd'hui c'est par le biais de l'application de la RFRA que les juges peuvent arbitrairement décider de nuire à certaines lois qu'ils désapprouvent en offrant leur soutien aux demandeurs religieux et en augmentant le niveau de contrôle pour le gouvernement, le rendant fatal pour toute mesure issue d'une politique progressiste.

Donc, les juges dans leur application de la RFRA vont favoriser l'altération des politiques publiques et de leurs objectifs. Ceci entrainera à une situation d' « *anarchie* »²³⁷ comme l'expliquait le juge Scalia car cela nuirait à la cohérence juridique car si une exemption est accordée aux croyances religieuses d'une personne, alors par analogie elle doit être accordée à tous les autres, ce qui entrainerait une application extrêmement restreinte de la politique publique et donc risque de mettre à mal les raisons pour lesquelles elle a été adoptée. Et ce danger est encore plus accru au regard de la multiplicité et de l'omniprésence des croyances et pratiques religieuses qui obtiennent, grâce à l'application de la RFRA par les juges qui leur est favorable, un niveau juridique supérieur à toutes les lois et tous les règlements, ce qui là encore nuit à leur intégrité et leur efficacité.

²³⁷ Juge Scalia in Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

C'est la raison pour laquelle une large part de la doctrine, mais également plusieurs acteurs politiques principalement progressistes, souhaitent un changement radical. Ils demandent pour certains la modification de la RFRA afin que celle-ci ne nuise plus avec une telle véhémence aux politiques publiques, qu'elle ne vienne plus mettre à mal les droits et libertés des tiers, et enfin qu'elle offre une garantie concrète aux minorités religieuses malheureusement bien trop souvent écartées de sa protection. Cependant, pour d'autres juristes et hommes politiques, la seule solution reste un abandon total de la norme RFRA et un retour en arrière.

Chapitre 2 : La contestation doctrinale et politique de la RFRA : une volonté de réformer un régime conflictuel

Face aux divers problèmes résultant soit du texte de la RFRA soit de son application par les juges, amenant à des divisions au sein de la société et à une altération des politiques publiques, une partie de la doctrine et des acteurs politiques ont opté pour une réforme de ce régime juridique. Celle-ci devrait permettre une meilleure protection des minorités religieuses, offrir une protection égale aux athées et agnostiques, éviter que la RFRA ne devienne l'instrument de lutte de certaines religions majoritaires contre certains mouvements de libération sexuelle, et préserver l'intégrité de l'action gouvernementale.

Mais, même si tout cela est souhaitable, en réalité il sera bien difficile de modifier de la sorte la RFRA. Certains de ces objectifs ne sont pas adaptés à la norme de la RFRA qui exige un contrôle strict dans le cadre de la protection de la liberté religieuse. Par ailleurs, un objectif pourrait très bien nuire à un autre. C'est pourquoi, une modification de la loi de 1993, envisagée par plusieurs auteurs, est extrêmement complexe, voire impossible à mettre en œuvre. La RFRA risque de causer à une perpétuelle fracture au sein de la société américaine (Section 1).

C'est la raison pour laquelle, de plus en plus de juristes veulent l'abandon pur et simple de la norme RFRA. Ceux-ci considèrent que les précédents intérêts énoncés précédemment seront protégés seulement si les Etats-Unis acceptent de revenir en arrière. Seule la neutralité formelle pourra assurer une véritable protection de la liberté religieuse de tous les croyants, sans nuire à l'intégrité des politiques publiques et aux droits et libertés des tiers. Ce qui signifie que pour faire cesser les divisions et discordes engendrées par la RFRA, il faudra réappliquer la jurisprudence Smith (Section 2).

Section 1 : Une modification de la RFRA envisagée mais complexe

L'un des premiers reproches qu'il serait possible de faire à la RFRA est que la raison pour laquelle elle a été adoptée était pour la protection des minorités religieuses car il y avait une crainte lors de l'avènement de la jurisprudence *Smith* que celles-ci soient désavantagées, voire qu'elles ne puissent plus bénéficier de la protection de leurs croyances et pratiques religieuses sur le fondement de la clause de libre exercice. Néanmoins, dans le cadre d'une modification de la RFRA, il semble qu'il n'y ait aucun moyen d'assurer cette protection. Il aurait été possible de n'assurer la possibilité de demander des aménagements et exemptions religieuses qu'aux minorités religieuses, mais cela est impossible pour deux raisons. Tout d'abord, ce serait inconstitutionnel étant donné que la loi viendrait traiter différemment les religions majoritaires et minoritaires. Par ailleurs, se pose un problème pour définir à quel moment ou à partir de combien d'adhérents une religion peut être qualifiée de majoritaire et être exclue de la protection. Ainsi, cette solution est inenvisageable. Concrètement ce n'est pas le texte de la RFRA qui pose problème dans ce cas, c'est surtout son application par les juges. C'est la raison pour laquelle actuellement, mais également sous l'ère *Sherbert*, c'est le législateur qui assure la protection des minorités religieuses en leur accordant l'aménagement ou l'exemption que les juges leur ont refusé. Donc une modification de la RFRA n'apportera aucun changement à cette situation.

Autre point qui sera au cœur des débats en cas d'une potentielle réforme de ce texte législatif, il s'agit de son manque de définition pour des notions essentielles de cette norme, comme par exemple, les termes d' « atteinte substantielle », de « religion » et d' « impériosité » de l'intérêt gouvernemental. Concernant la première notion, Frederick Mark Gedicks²³⁸ a offert de très bonnes pistes de réflexion pour définir la « substantialité du fardeau » imposé à la religion. Aussi, en cas de réforme de la RFRA, cette notion devrait être définie au travers des principes relatifs à la responsabilité et au lien de causalité pour éviter les dérives précédemment présentées. Cependant, le deuxième terme à définir est beaucoup plus problématique. Les juristes sont partagés. D'un côté, il y a ceux qui veulent une définition étroite de la « religion » afin que les croyances et pratiques non-religieuses ne soient pas protégées sur le fondement de la liberté religieuse défendue par la loi de 1993. Ce sont pour beaucoup des juges qui optent pour cette solution. Ceux-ci, en cas de modification de la norme RFRA, pourraient suggérer de

²³⁸ Frederick Mark Gedicks, "Substantial Burdens: How Courts May (and Why They Must) Judge Burdens on Religion under RFRA", *op. cit.*

s'inspirer des tests *Africa*²³⁹ et *Meyers*²⁴⁰ pour définir le terme « religion ». Cela permettrait d'éviter l'actuelle exclusion des « *spiritual but not religious* » de la protection de la liberté religieuse car ces derniers répondent favorablement aux critères de définition de ces deux tests. Toutefois, si aujourd'hui cette définition était consacrée textuellement, elle permettrait à divers religieux écartés auparavant de la protection des croyances et pratiques religieuses de pouvoir en bénéficier actuellement, il y a un fort risque que demain ces critères étroits dégagés par la jurisprudence puis adoptés par le législateur ne soient plus suffisants pour inclure dans le champ de protection de la RFRA de nouvelles formes de religion ou de spiritualité. Il est probable que lors de l'élaboration du Premier amendement de la Constitution américaine, les pères fondateurs n'aient pas imaginé qu'un jour certains américains puissent eux-mêmes créer leur religion en s'appuyant sur divers préceptes de religions traditionnelles mais également en passant par des réflexions internes relatives à des questions d'ordre spirituel. S'il y a plusieurs centaines d'années, voire même quelques décennies²⁴¹, le mouvement « *spiritual but not religious* » n'était pas imaginable, il est envisageable qu'à l'heure actuelle il ne soit pas possible de définir ce que seront les nouveaux mouvements religieux qui apparaîtront le siècle prochain, voire dans les décennies à venir (la société, son mode de vie, ses cultures et ses cultes à travers le monde évoluant beaucoup plus rapidement que par le passé notamment grâce à de nouveaux moyens techniques de communication et d'information). Ainsi, donner une définition textuelle étroite de la « religion », même si cela permettrait d'inclure dans la protection de la RFRA les SNBR, présente un danger pour les potentielles nouvelles religions à venir. C'est la raison pour laquelle de l'autre côté, il y a ceux qui considèrent que la « religion » devrait inclure tous les types de croyances, y compris celles issues de principes moraux et philosophiques, c'est-à-dire les croyances profanes appartenant à des athées ou agnostiques. Comme expliqué auparavant, il serait incohérent et illogique d'inclure ce type de préceptes au sein de la définition de la « religion » car justement ce ne sont pas des croyances ou des pratiques religieuses. Cette étude considère que les croyances et pratiques profanes des « non-croyants » doivent bénéficier non pas de la protection de la liberté religieuse sur le fondement de la RFRA, mais d'une protection analogue au titre de l'*Equal Protection* du Cinquième et du Quatorzième amendements. Mais cette solution n'est pas envisageable à l'heure actuelle car si les multiplicités des croyances religieuses est déjà néfaste pour l'intégrité et l'efficacité des politiques publiques, cela risque de s'aggraver avec la protection des croyances et pratiques profanes profondément ancrées.

²³⁹ Cour d'appel des Etats-Unis, 3e circuit, *Africa v. Commonwealth of Pennsylvania*, précité

²⁴⁰ Tribunal du District du Wyoming, *United States v. Meyers*, précité

²⁴¹ Comme il a été possible de le constater au travers de la décision de la Cour Suprême, *United States v. Seeger*, précité

C'est pourquoi, pour pouvoir protéger les principes moraux et philosophiques des athées et agnostiques il faut obligatoirement modifier les mesures relatives au contrôle strict.

En cas de réforme de la RFRA, il est impératif de modifier le « *strict scrutiny* ». Comme cela a été vu précédemment, la mise en œuvre de ce contrôle par les juges nuit gravement à l'intégrité et l'efficacité des politiques publiques, aux intérêts défendus par celles-ci, et risque également de mettre à mal les droits et libertés d'autrui. Ce sont surtout les deux derniers critères du contrôle strict que la doctrine souhaiterait modifier, car ce sont eux et leur caractère fatal qui permettent aux croyances et pratiques religieuses de bénéficier du quasi droit absolu d'obtenir un aménagement ou une exemption, et donc d'amener à des abus de la liberté religieuse qui auront des conséquences néfastes pour l'action gouvernementale dans son ensemble.

Plusieurs auteurs ont proposé quelques idées de réforme pour améliorer le contrôle devant être opéré par les juridictions. C'est notamment le cas de Tania Saison²⁴² qui a suggéré de remplacer le contrôle strict unique, appliqué pour toutes les demandes de libre exercice sur le fondement de la RFRA, par un examen changeant, mobile. C'est-à-dire qu'au lieu d'appliquer le même mode d'examen à toutes les affaires relatives à la liberté religieuse, les tribunaux devraient procéder à une mise en balance catégorique des intérêts, les juges auraient la liberté de modifier systématiquement les critères propres au contrôle des actes du gouvernement sans renoncer totalement à la capacité d'invalider ces normes gouvernementales dans le cadre du test de l'intérêt impérieux. Aussi, cet auteur privilégie un contrôle au cas par cas. Pour une affaire donnée, l'examen de l'intérêt de l'autorité publique sera extrêmement souple, et dans un autre cas, au contraire, ce contrôle pourra être strict, voire très strict. Pour Tania Saison, les tribunaux pourraient abaisser le niveau de sévérité du test appliqué aux politiques publiques si un équilibre des intérêts penche en faveur de l'action gouvernementale. Cela permettrait de refléter plus véritablement une évaluation objective des demandes de libre exercice et d'éviter l'arbitraire du juge. Cependant, cette solution est également critiquable car elle n'atteint pas ces objectifs, bien au contraire. Ce n'est pas le contrôle strict à proprement parlé qui nuit à l'intégrité et l'efficacité des politiques publiques, c'est l'arbitraire du juge et son manque d'objectivité. C'est parce qu'il n'existe pas de seuil minimal définitionnel à l'impériosité que le juge peut abuser de cette notion pour écarter l'application de lois et règlements auxquels il est défavorable en interprétant sévèrement le caractère impérieux d'un intérêt gouvernemental, mais également pour écarter la protection de la RFRA pour certaines minorités religieuses

²⁴² Tania Saison, *op. cit.*

auxquelles il est hostile en considérant cette fois-ci l'impériosité de manière très souple. Au final, ce caractère changeant de l'examen du juge existe déjà, mais il ne vient absolument pas écartier l'arbitraire du juge, au contraire. Donc cette solution n'est pas à envisager en cas de modification textuelle de la RFRA.

Une autre proposition de réforme de la RFRA vient de John Corvino²⁴³. Celui-ci suggère un affaiblissement des exigences du contrôle strict, principalement celles de l'intérêt impérieux et du moyen le moins restrictif. Les juges devront appliquer le test du « *least restrictive means* » non pas par rapport à ce qui est imaginable, mais par rapport à ce qui est réalisable. Donc, il faudrait bannir toute application de la RFRA qui se rapproche de celle de la Cour Suprême dans l'affaire *Hobby Lobby* dans laquelle elle n'a pas examiné la réalité politique et économique du moyen qu'elle a suggéré. Par ailleurs, pour cet auteur, il faudrait diminuer le niveau d'examen afin que l'on ait, non plus un véritable contrôle strict, mais plutôt un *intermediate scrutiny*. Les juges en appliquant un contrôle intermédiaire devront examiner que l'intérêt gouvernemental est, non pas un intérêt impérieux, mais un intérêt général. Cette notion recouvre un plus large champ d'intérêts à protéger, et donc pourrait permettre aux autorités publiques d'être moins tributaires des croyances et pratiques religieuses dans le cadre de l'adoption de lois et règlements car elles pourraient plus facilement valider ce critère d'examen. Cette solution visant à diminuer la sévérité du contrôle des juges à l'égard des politiques publiques est la bienvenue car elle permettrait en principe d'assurer une meilleure intégrité et efficacité de l'action gouvernementale. Pour autant, il se peut que les juges puissent toujours abuser de leur pouvoir afin de nuire aux politiques progressistes ou aux religions minoritaires en appliquant différents degrés de sévérité pour ce critère de l'intérêt gouvernemental. Les juges pourraient très bien appliquer une forme très stricte du test de l'intérêt impérieux alors même qu'ils contrôlent dans le cadre d'un examen intermédiaire où l'intérêt doit simplement être général. Ainsi, cette solution pourrait être envisageable mais elle n'efface pas le risque que les juges renouent avec l'arbitraire.

C'est la raison pour laquelle il serait plus intéressant en cas de réforme de la RFRA de n'appliquer un contrôle strict qu'en cas de lois visant directement des croyances et pratiques religieuses afin de leur nuire, et n'appliquer qu'un *rational basis test*, c'est-à-dire un contrôle minimal, pour les lois neutres d'application générale car ce type d'examen amène beaucoup moins le juge à manquer d'objectivité vis-à-vis des politiques publiques et de leur caractère

²⁴³ John Corvino, "Religious Liberty, Not Religious Privilege", in John Corvino, Ryan T. Anderson et Sherif Girgis, *op. cit.*, p. 51

plus ou moins progressiste. Les juges auront plus de mal à diminuer ou à rehausser le niveau de contrôle selon l'espèce de l'affaire. Dans tous les cas, le gouvernement devra prouver que la loi litigieuse est rationnellement liée à un intérêt gouvernemental légitime. Donc, ce choix est une des meilleures solutions pour réformer la RFRA. Même si au final il suffit juste de supprimer la RFRA pour que ce type de contrôle soit mis en place étant donné qu'il s'agit de la solution dégagée par la jurisprudence *Smith*²⁴⁴ de la Cour Suprême en 1990, écartée par l'adoption de la loi de 1993.

Enfin, dernier point qu'il faut impérativement modifier dans le cadre d'une réforme de la RFRA, il s'agit de son application à toutes les personnes, qu'elles soient physiques ou morales. Avant la jurisprudence *Smith*, la Cour Suprême avait refusé d'étendre la protection relative à la liberté religieuse aux entreprises à but lucratif (sauf si la loi prévoyait une exemption pour un certain type d'entrepreneuriat)²⁴⁵. En l'espèce, le législateur avait créé un programme national de sécurité sociale selon lequel le gouvernement fédéral doit prendre soin des personnes âgées et des nécessiteux. Le demandeur Lee, un Amish, chef d'une entreprise comportant plusieurs employés ayant la même religion que lui, a refusé de retenir la part pour ses employés et de payer sa propre part pour la sécurité sociale car il considérait que cela risquait de contrevenir à ses croyances et pratiques religieuses. En effet, dans la religion Amish, il existe une obligation religieuse selon laquelle les membres de la communauté doivent aider les personnes âgées et les plus nécessiteux au sein de leur société, le comportement inverse est même considéré comme un péché. Or, en permettant au gouvernement de prendre en charge la responsabilité de cette tâche et en finançant cela par le biais de la sécurité sociale, Lee ainsi que ses employés considèrent que cela viole leurs préceptes religieux, c'est pourquoi cet employeur demande une exemption religieuse sur le fondement de la clause de libre exercice. Cependant, cette demande a été rejetée par la Cour Suprême. Elle a considéré que seuls les travailleurs indépendants pouvaient refuser de payer leur part relative à la sécurité sociale, en cas de violation avec leurs croyances ou pratiques religieuses, car c'est ce que le législateur a expressément voulu. Mais, dans le cas de la société amish à but lucratif, la Cour a considéré que « *lorsque les adeptes d'une secte particulière se lancent dans une activité commerciale par choix, les limites qu'ils acceptent de leur propre conduite comme une question de conscience et de foi ne doivent pas être superposées aux régimes statutaires qui lient les autres dans cette activité* ». Ainsi, la liberté religieuse ne s'applique pas aux entreprises à but lucratif (excepté dans cette affaire pour

²⁴⁴ Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

²⁴⁵ Cour Suprême, *United States v. Lee*, 455 US 252 (1982)

les travailleurs indépendants bénéficiant d'une exemption législative). Néanmoins, alors que la RFRA devait permettre la ré-application de la jurisprudence telle qu'elle était avant *Smith*, celle-ci est interprétée très largement, ce qui implique que la liberté religieuse est elle aussi interprétée largement, beaucoup plus qu'elle ne l'était sous l'ère *Sherbert*. C'est avec la décision *Hobby Lobby*²⁴⁶ de la Cour Suprême que la protection de la liberté religieuse est devenue effective pour les entreprises à but lucratif, sur le fondement de la RFRA. Ce qui a entraîné des dommages extrêmement importants que ce soit pour certaines politiques publiques, mais également pour les droits et libertés des tiers (notamment leurs employés).

Si la RFRA devait être modifiée, il s'agit là d'une extension de la liberté religieuse qu'il faudrait effacer. En effet, en plus d'amener à des conséquences désagréables, il est critiquable de vouloir protéger la liberté religieuse d'une société à but lucratif, et plus largement toutes celles n'ayant pas un but religieux. Cela ne signifie pas qu'il faudrait interdire l'application de la RFRA à toutes les organisations. Il est vrai qu'il existe des organisations religieuses, comme par exemple les *Little Sisters of the Poors* qui sont une congrégation confessionnelle, néanmoins leur but est purement religieux (apporter une aide aux plus démunis, permettre l'organisation d'activités religieuses, etc.). Une entreprise, comme une pâtisserie, un fleuriste, une ferme ou une menuiserie dans le cas de *Lee*²⁴⁷, etc., n'a pas le même but, et donc ne peut pas être qualifiée de spirituelle, et n'a pas à proprement parlé de croyances religieuses. Son propriétaire en revanche en a, mais il faut distinguer la personne physique ayant des convictions et des pratiques religieuses et qui est le propriétaire, de la personne morale qui est dénuée de toute religiosité (en dehors du cas des organisations religieuses) qui est l'entreprise qui parle et qui agit par le biais du propriétaire. Par exemple, lorsqu'un couple homosexuel se rend dans une pâtisserie pour un gâteau de mariage, le propriétaire les reçoit en qualité de représentant de l'entreprise, il parle en son nom, il ne peut donc rejeter leur demande pour un motif religieux étant donné que l'entreprise ne possède aucune croyance religieuse. Ainsi, lorsque le propriétaire n'agit pas dans le cadre de l'entreprise, il est libre d'exercer ses croyances, mais dès lors qu'il représente l'entreprise, c'est cette dernière qui s'exprime par le biais du propriétaire, il ne peut donc discriminer certaines parties de la population sur la base de quelconques motifs religieux. Il faut donc faire une distinction entre le propriétaire religieux et son entreprise profane, c'est notamment cette séparation entre les deux personnes qu'il faudra prendre en compte lors d'une possible réforme de la RFRA et qui permettra d'éviter tous les désagréments que la jurisprudence *Hobby Lobby* a pu engendrer.

²⁴⁶ Cour Suprême, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, précité

²⁴⁷ Cour Suprême, *United States v. Lee*, précité

La modification de la RFRA est donc envisagée par bon nombre de juristes constatant ses dérives propices à la discorde. Cependant, une telle réforme s'avèrerait extrêmement complexe car plusieurs pans du texte normatif doivent être révisés, mais la doctrine ne s'entend pas sur divers points. Par ailleurs, elle est également complexe parce qu'une simple réforme textuelle risque de ne pas être suffisante étant donné que c'est dans son application judiciaire que se situent la plupart des facteurs de division.

Néanmoins, même si une telle réforme de la RFRA est souhaitable, il y a une autre raison pour laquelle elle sera extrêmement complexe, voire impossible à mener. Cela est dû à la jurisprudence *City of Boerne v. Flores*²⁴⁸. Celle-ci écarte l'application de la RFRA fédérale aux Etats. Ce qui a amené les législateurs de plus de la moitié des Etats à élaborer eux-mêmes une RFRA fédérée législative qui sera propre à chaque Etat qui l'aura adoptée. En parallèle, certains Etats opteront pour des révisions constitutionnelles afin d'y inclure la norme RFRA. Et enfin, plusieurs juges fédérés ont interprété les constitutions de plusieurs Etats sous l'angle de la RFRA. Ce qui implique que la norme RFRA soit appliquée dans la majorité des Etats. Il n'y a, en 2014, que 6 ou 7 Etats dans lesquelles la jurisprudence Smith est toujours applicable²⁴⁹. Mais malgré cette application quasi généralisée de cette norme, il existe autant de réglementations RFRA qu'il y a d'Etats l'appliquant en plus de la loi de 1993 originelle. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle un individu souhaitant obtenir une exemption religieuse auprès d'un tribunal ne pourra l'obtenir que vis-à-vis d'un seul Etat ou que du niveau fédéral, il devra obtenir 51 exemptions pour qu'elle soit considérée comme généralisée²⁵⁰. Ceci implique une quasi-impossibilité de modifier textuellement la disposition législative de 1993 car il faudrait modifier le texte adopté par le Congrès, mais également toutes les RFRA prises au niveau des Etats, et les juges fédérés devraient également revoir leurs jurisprudences. Ceci vaut pour toute réforme de la *Religious Freedom Restoration Act* mais également pour son abandon. La fracture causée ainsi par cette norme risque de perdurer durant encore de très nombreuses années, ce qui aggrave les risques de conflits et de « guerres culturelles » au sein de la population américaine, et donc accentue le climat hostile existant entre les progressistes et les conservateurs. Ainsi, même si le retour en arrière vers la jurisprudence Smith et sa neutralité formelle est considérée comme la meilleure solution pour effacer les discordes causées par la RFRA, la mise en œuvre

²⁴⁸ Cour Suprême, *City of Boerne v. Flores*, précité

²⁴⁹ Douglas Laycock, "Religious Liberty and the Culture Wars", *op. cit.*

²⁵⁰ Christopher C. Lund, *op. cit.*

d'une telle possibilité au regard de ce qui a été annoncé précédemment risque d'être bien difficile.

Section 2 : Une volonté de revenir en arrière : la neutralité formelle

La RFRA est à l'origine de plusieurs conflits au sein de la population américaine, elle divise la majorité et les minorités de tout genre, et elle nuit gravement aux politiques publiques, surtout progressistes, ce qui renforce une fois encore les discordes au sein de la société. Ce phénomène de division est tout à fait explicable. En effet, cette norme prend sa source, trouve son origine dans une idée reçue, une illusion. La doctrine et les acteurs politiques ont une vision biaisée de la jurisprudence précédant la décision *Smith*, ils l'analysent comme consacrant une liberté religieuse quasi-absolue. Or, il ne s'agit là que d'une utopie, qui sera par la suite consacrée par la loi de 1993 et qui n'est donc pas adaptée pour la protection pratique de la liberté religieuse, d'où la fracture sociétale et politique qu'elle engendre (I).

C'est la raison pour laquelle il faudrait abandonner la RFRA afin de consacrer une autre vision de la protection de ce droit, qui quant à elle ne représenterait aucun danger pour les minorités religieuses ou non-religieuses, pour les tiers, et pour les politiques publiques étant donné qu'elle est le résultat de plus de 100 ans de réflexion des juges vis-à-vis de la liberté religieuse. Il s'agit de la neutralité formelle, consacrée par la jurisprudence *Smith* (II). Cette dernière, malgré les critiques doctrinales à son encontre, ne signe pas l'acte de décès de la liberté religieuse, au contraire. Si le principe est que toute demande d'aménagement ou d'exemption religieuse soit analysée au regard d'un *rational basis test*, il existe certaines exceptions où les juges mettent en œuvre un contrôle strict (lorsque ce sont des croyances, et non pas des pratiques religieuses, qui sont menacées ; si la loi litigieuse n'est pas neutre et d'application générale, si la loi prévoit une exemption pour des croyances ou pratiques religieuses ou non-religieuses analogues ; et si la loi neutre et d'application générale nuit à d'autres droits constitutionnellement garantis).

I- La critique doctrinale envers *Smith* ou l'utopie d'une liberté religieuse quasi-absolue

La doctrine a été extrêmement virulente à l'égard de la jurisprudence *Smith* lorsqu'elle a été consacrée par la Cour Suprême en 1990. Que ce soit les professeurs de droit ou les hommes politiques, tous l'ont diabolisée, rejetée, la considérant comme une menace pour la liberté

religieuse protégée par le Premier Amendement de la Constitution. Douglas Laycock²⁵¹ a même considéré que cette décision signifiait la perte quasi-totale de tout droit constitutionnel substantiel de pratiquer la religion, et elle aurait ainsi créé le cadre juridique de la persécution. En effet, ces auteurs glorifient l'ère *Sherbert* et *Yoder* qui aurait consacré une large protection de la liberté religieuse au moyen d'un contrôle strict afin d'éviter que le législateur ne nuise aux croyances, mais également aux pratiques religieuses. Car il est de coutume selon cette doctrine que le législateur serait une véritable menace permanente pour la liberté religieuse, principalement pour les minorités religieuses, en ce qu'il légifèrerait bien trop souvent en défaveur des religions minoritaires surtout par le biais de lois neutres et d'application générale. Or, la jurisprudence *Smith* viendrait offrir une grande protection pour ce type de lois en instituant un simple contrôle minimum, un *rational basis test*, qui offrirait au gouvernement une réussite quasi-absolue pour chaque litige. C'est la raison pour laquelle ces professeurs de droit et ces acteurs politiques ont, ensemble, unanimement étaient vent debout face à cette décision et ont décidé d'adopter une loi afin de restaurer la jurisprudence *Sherbert* et *Yoder*, en vue de consacrer textuellement une forte protection de la liberté religieuse (au point même de donner à la liberté religieuse une protection plus forte que la liberté d'expression qui ne bénéficie que d'un contrôle intermédiaire pour les lois portant atteinte directement à ce droit, ou d'un contrôle minimal en cas de lois neutres généralement applicables), il s'agit de la RFRA avec son contrôle strict.

Cependant, tout ce que les membres de cette doctrine des années 1990 ont pu penser par rapport à la jurisprudence *Smith*, aux décisions *Sherbert* et *Yoder* ainsi qu'à l'ère de protection de la liberté religieuse qui a suivi, mais également à la restauration de la règle jurisprudentielle antérieure à *Smith* par la RFRA, est le résultat de simples préjugés, voire tout simplement une illusion.

Tout d'abord, la RFRA ne restaure aucunement les décisions *Sherbert* et *Yoder*, ni ne retranscrit leurs jurisprudences telles qu'appliquées durant toute la période précédant *Smith*. Toute la doctrine à l'heure actuelle est unanime quant à cette question. Néanmoins, elle reste tout de même divisée. Certains juristes considèrent que la RFRA est plus souple que la règle jurisprudentielle *Sherbert* vis-à-vis de sa mise en œuvre²⁵² ; à l'inverse, d'autres estiment qu'elle est extrêmement plus sévère dans son application du contrôle strict²⁵³.

²⁵¹ Douglas Laycock, "The Religious Freedom Restoration Act", *op. cit.*

²⁵² Christopher C. Lund, "RFRA, State RFRA's, and Religious Minorities", *op. cit.*

²⁵³ Thomas Scott-Railton, *op. cit.*

En réalité, les deux positions se valent, étant donné que les juges utilisent un contrôle avec des niveaux de critère changeants, mobiles, afin de s'adapter aux demandeurs religieux ou aux politiques publiques se présentant devant eux. Comme cela a été vu dans le chapitre précédent, les juges vont appliquer un *strict scrutiny* beaucoup plus souple que celui mis en œuvre dans la décision *Sherbert*, lorsqu'ils feront face à une demande d'exemption religieuse faite par un membre d'une religion minoritaire envers laquelle ils sont hostiles. À l'inverse, face à une politique publique désapprouvée par les juges, ces derniers appliqueront un contrôle strict fatal avec un rehaussement du seuil du test de l'intérêt impérieux et une exigence fantaisiste pour le moyen le moins restrictif. Mais dans l'ensemble, étant donné qu'il y a plus de chances que le juge soit face à une demande émanant d'une religion majoritaire ou d'une religion minoritaire envers laquelle il ne ressent aucune hostilité, soit face à une politique publique qu'il considère comme trop progressiste, alors l'application de la RFRA sera bien souvent plus sévère que le contrôle strict prévu initialement dans ses dispositions. Par ailleurs, cette loi et son application ne restaurent pas à l'identique la règle de *Sherbert* et *Yoder* étant donné qu'elle vient étendre sa protection à des entités rejetées pendant toute la période durant laquelle la jurisprudence de ces deux décisions prévalait. Comme il a été possible de le voir auparavant, les entreprises à but lucratif étaient exclues de la protection de la liberté religieuse sur le fondement du 1^{er} amendement selon la décision *Lee*²⁵⁴, mais sur le fondement de la RFRA, celles-ci peuvent désormais obtenir des exemptions religieuses en cas de violation de leurs croyances et pratiques religieuses d'après la Cour Suprême dans l'affaire *Hobby Lobby*²⁵⁵. Donc, la RFRA n'est pas une restauration de la jurisprudence *Sherbert* et *Yoder*, elle est plutôt dans son application une consécration d'une nouvelle forme de protection de la liberté religieuse.

La norme RFRA ne ressemble pas à la jurisprudence *Sherbert* et *Yoder* étant donné qu'elle est majoritairement plus stricte, surtout que la doctrine considère que cette règle jurisprudentielle s'est réduite comme une peau de chagrin durant toute l'ère qui a précédé la décision *Smith*. Dès les années 1960, c'est-à-dire au lendemain de la décision *Sherbert*, les juges ont constaté l'impossibilité de mettre en œuvre la jurisprudence relative aux exemptions religieuses dans la cadre des lois neutres et d'application générale²⁵⁶ car une telle règle comme nous l'avons vu nuit gravement à l'effectivité des politiques publiques, cette situation n'est pas

²⁵⁴ Cour Suprême, *United States v. Lee*, précité

²⁵⁵ Cour Suprême, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, précité

²⁵⁶ Frederick Mark Gedicks, "Exemptions religieuses, neutralité et laïcité" in *La conception américaine de la laïcité*, *op. cit.*, p. 186

tenable sur le long terme. Comme l'explique Edward McGlynn Gaffney²⁵⁷, la Cour Suprême a donné moins de mordant au *strict scrutiny*, au point qu'il ressemblait à un *rational basis test*. Alors qu'aujourd'hui la RFRA est majoritairement favorable aux croyances et pratiques religieuses (excepté celles issues de religions et de spiritualités marginalisées) grâce à une application fatale du contrôle strict, durant la période entre *Sherbert* et *Smith*, la Cour Suprême a traité 14 affaires d'exemptions religieuses et n'en a accordé que 5 (et entre 1980 et 1990, les cours d'appel fédérales ont rejeté 87% des demandes de dispenses dans le cadre de la clause de libre exercice)²⁵⁸. Le test appliqué par *Sherbert* est donc moins sévère que celui de la RFRA car elle accepte plus difficilement d'accorder une exemption religieuse. Et c'est surtout lorsque l'on regarde attentivement les diverses décisions qui ont été rendues durant la période de 1963 à 1990 que l'on constate que le contrôle exercé par le juge est bien en-dessous de ce que devrait être un contrôle strict. Ce n'est pas un intérêt impérieux que les juridictions demandaient, mais un simple lien rationnel avec un intérêt gouvernemental légitime. Cela est très clairement visible dans la jurisprudence *Bowen v. Roy*²⁵⁹. En l'espèce un couple d'amérindiens souhaitait obtenir diverses aides comme celles relatives au programme de bons alimentaires (*Supplemental Nutrition Assistance Program*) et celle pour les familles ayant de faibles revenus, voire pas du tout, et ayant des enfants à charge (*Aid to Families with Dependent Children*). Cependant pour obtenir ces aides il faut que la famille fournisse aux agences de protection sociale de l'Etat leurs numéros de sécurité sociale. Le couple amérindien a refusé que leur fille de 2 ans obtienne un tel numéro car cela aurait été contraire à leurs croyances religieuses. C'est la raison pour laquelle ils ont fait face à un refus pour la fourniture de ces prestations financières, qui sera contesté par la famille amérindienne sur le fondement de la clause de libre exercice. Or, comme l'explique dans cette affaire le juge Burger, à l'inverse de la RFRA, « *cette clause offre une protection individuelle contre certaines formes de contrainte gouvernementale, mais ne confère pas à un individu le droit de dicter la conduite des procédures internes du gouvernement* ». La Cour Suprême conclura que la politique publique relative à la fourniture d'aides aux familles précaires ayant des enfants à charge ne viole pas le Premier Amendement, et que l'exigence de présenter un numéro de sécurité sociale est un « *intérêt public légitime et important* » car il permet la prévention de la fraude. Il est donc possible de voir que le terme « *légitime* » ici utilisé renvoie directement à un *rational basis test*, et non à un *strict scrutiny* et son *compelling interest*

²⁵⁷ Edward McGlynn Gaffney, "An Answer to Smith: The Religious Freedom Restoration Act", *Quarterly*, vol. 11, no. 3, automne 1990, pp. 17-18

²⁵⁸ Stephen Siegel, *op. cit.*; James E. Ryan, "Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment", *Virginia Law Review*, vol. 78, 1992, no. 1407, pp. 1416-1417 (1992) in Andrew Koppelman et Frederick M. Gedicks, *op. cit.*

²⁵⁹ Cour Suprême, *Bowen v. Roy*, précité

test. C'est la raison pour laquelle il faut considérer que la RFRA, dans la majorité des décisions dans lesquelles elle est invoquée, est beaucoup plus stricte que ne l'était la jurisprudence *Sherbert* ainsi que toutes les décisions qui lui ont succédé jusqu'à *Smith*. Donc considérer que la RFRA est une simple restauration de la règle jurisprudentielle passée est une simple idée reçue.

Il existe une autre idée reçue qu'il faut démystifier, il s'agit de la vision partagée par une grande partie de la doctrine américaine qui analyse la jurisprudence *Sherbert* (et l'ère qui lui a succédé) et la décision *Smith* comme étant de totales opposées. En vérité, toutes les jurisprudences qui précèdent *Smith* ne sont que des balbutiements de la règle que la Cour Suprême consacrera formellement en 1990.

Il serait même possible de faire remonter les prémisses de la norme *Smith* à la décision *Reynolds v. United States* de 1878²⁶⁰. Les juges dans cette affaire ont considéré que les lois ne peuvent pas interférer avec de simples croyances et opinions religieuses, à moins de violer la clause de libre exercice du 1^{er} Amendement. Cependant, cette règle est moins absolue en ce qui concerne les pratiques religieuses, il est permis au législateur d'y porter atteinte lorsque la loi (et son intérêt) prévaut sur ces comportements confessionnels. Plusieurs exemples de lois et d'intérêts devant être privilégiés face à certaines pratiques religieuses sont mêmes donnés : il faut interdire les sacrifices humains même s'ils sont religieux car il y a une atteinte profonde à la vie d'autrui ; il faut interdire le comportement de certaines femmes qui pour des raisons religieuses veulent se brûler sur le tas funéraire de leurs maris morts pour les mêmes raisons invoquées dans le précédent exemple, et dans l'espèce litigieuse les juges ont considéré que l'interdiction de la polygamie prévalait face à ce genre de pratiques religieuses. Il est donc possible de retrouver ici une forme sommaire et embryonnaire de la jurisprudence *Smith* en ce qu'elle fait une distinction de protection entre les croyances et comportement religieux, et elle considère que certains intérêts, même des intérêts minimes, peuvent justifier les atteintes portées à des pratiques confessionnelles.

Mais c'est surtout au XXe siècle que cette jurisprudence va véritablement tenter de trouver sa forme finale au travers de multiples tâtonnements. Il convient ici de regarder plus en détails la décision *Sherbert* et les jurisprudences qui ont été adoptées à la suite de celle-ci, car c'est à ce moment que la doctrine considère, faussement, que la règle jurisprudentielle relative à la

²⁶⁰ Cour Suprême, *Reynolds v. United States*, précité

liberté religieuse a changé et est devenue plus protectrice de la clause de libre exercice. En réalité, toutes ces jurisprudences de 1963 à 1990 appliquent la même jurisprudence, mais avec quelques balbutiements, jusqu'à ce que la décision *Smith* vienne l'éclaircir, la compléter et la consacrer formellement. La toute première affaire qu'il faut analyser sous cet angle est bien entendu *Sherbert v. Verner* de la Cour Suprême de 1963²⁶¹. Une membre de l'Eglise adventiste du septième jour a été licenciée car celle-ci refusait de travailler le samedi, le jour de son sabbat d'après ses croyances religieuses. Ne pouvant obtenir un autre emploi à cause de cela, elle a fait une demande d'indemnisation chômage. Cependant, cela lui a été refusé au motif qu'un « *prestataire n'est pas éligible aux prestations s'il a échoué, sans motif valable, d'accepter le travail convenable disponible lorsqu'il lui est proposé* » (Mme Sherbert a refusé toutes ces propositions d'emploi en raison de l'incompatibilité de celles-ci avec ses croyances religieuses). La Cour Suprême a appliqué un contrôle strict et a considéré après avoir vu que l'Etat de Caroline du Sud ne présentait pas un intérêt impérieux que la loi litigieuse violait le Premier Amendement et qu'il fallait donner l'aide demandée par la religieuse. A première vue, il pourrait sembler que cette décision offrirait une protection de la liberté religieuse plus grande que celle de *Smith*. Cependant, comme cela a été vu précédemment, il existe des cas dans la jurisprudence *Smith* où il est possible d'appliquer un *compelling interest test* lorsqu'une loi ou un règlement nuit à des pratiques religieuses. Plusieurs de ces hypothèses peuvent expliquer la décision *Sherbert* avec un regard différent de celui de la doctrine américaine majoritaire. Seules les lois neutres peuvent bénéficier d'un contrôle réduit, dans le cas inverse le contrôle strict s'appliquera, et c'est également le cas lorsque la loi nuit à d'autres droits constitutionnels. Ici, la Cour Suprême considère implicitement que la législation relative à l'octroi de compensations chômage est à la fois non-neutre dans ses effets mais également religieusement discriminante. C'est ce l'on constate clairement au travers des autres jurisprudences de la Cour établie durant l'ère *Sherbert* et relative toujours à l'octroi d'indemnités chômage, il s'agit des décisions *Hobbie*²⁶² et *Thomas*²⁶³. La première a une espèce similaire à celle de *Sherbert* (une femme convertie à l'Eglise adventiste du septième jour ne peut plus travailler le jour du sabbat, elle est donc renvoyée par son employeur pour refus de travailler le vendredi soirs et le samedi, et sa demande d'indemnisation chômage est refusée car elle a été licenciée pour faute, inconduite liée à son travail). La Cour explique que le contrôle exercé doit être strict car « *l'État refuse l'octroi d'un avantage en raison d'un comportement imposé par une croyance religieuse, exerçant ainsi une pression substantielle sur un adhérent pour qu'il modifie son comportement*

²⁶¹ Cour Suprême, *Sherbert v. Verner*, précité

²⁶² Cour Suprême, *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n of Florida*, 480 U.S. 136 (1987)

²⁶³ Cour Suprême, *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981)

et enfreigne ses croyances ». Cette même justification à l'application du *strict scrutiny* et du *compelling interest test* se retrouve dans la décision *Thomas* lorsque la Cour explique qu'un tel examen doit être mis en œuvre car « *l'État conditionne la réception d'un avantage important à une conduite proscrite par une foi religieuse, ou [parce qu'il] refuse un tel avantage en raison d'une conduite mandatée par la croyance religieuse, mettant ainsi une pression considérable sur un adhérent pour modifier son comportement et violer ses croyances* ». Ainsi, il y a l'application du contrôle strict car l'Etat discrimine un individu par rapport à sa religion dans l'octroi d'un avantage, ce qui est contraire à la clause d'établissement qui interdit de favoriser ou défavoriser un individu en fonction de ses croyances religieuses. La loi n'est donc pas neutre dans ses effets car elle amène à cette discrimination, et donc n'entre pas dans le cadre des mesures législatives ou réglementaires bénéficiant d'un contrôle souple. La jurisprudence *Sherbert* ainsi que toutes les jurisprudences relatives à l'indemnisation chômage décidées entre 1963 et 1990 appliquent bien la règle que consacrera la décision *Smith*. Il en est de même pour *Wisconsin v. Yoder*²⁶⁴ où le contrôle exercé est bien un examen strict avec une recherche d'un intérêt impérieux, mais là encore c'est parce que la liberté religieuse n'est pas le seul droit constitutionnellement protégé qui est violé par la loi litigieuse. Dans les faits, des parents, issus de la religion Amish, ont refusé d'envoyer leurs enfants à l'école après avoir été diplômés de leur huitième année, ce qui est contraire à la loi du Wisconsin qui oblige les enfants à fréquenter un établissement scolaire jusqu'à l'âge de 16 ans. Pour les parents cette législation est contraire à leurs croyances religieuses mais également à leur droit en tant que parents de décider de l'éducation confessionnelle de leur progéniture. Or, comme l'explique la Cour Suprême, « *L'intérêt de l'État pour l'éducation universelle n'est pas totalement exempt du test de mise en balance [des intérêts] lorsqu'il empiète sur d'autres droits fondamentaux, tels que ceux spécifiquement protégés par la clause de libre exercice du premier amendement et l'intérêt traditionnel des parents à l'égard de l'éducation religieuse de leurs enfants* ». Donc un contrôle strict est appliqué car la loi porte atteinte à deux droits constitutionnellement protégés comme l'explique la Cour, ce qui là encore n'est pas sans rappeler la jurisprudence *Smith*. Lorsque les juges de *Smith* considèrent que « *les seules décisions dans lesquelles notre Cour a statué que le premier amendement interdit l'application d'une loi neutre et généralement applicable à une action à motivation religieuse sont distinguées au motif qu'elles ne concernaient pas uniquement la clause de libre exercice, mais cette clause en conjonction avec d'autres protections constitutionnelles* », c'est entièrement vrai. La jurisprudence *Sherbert*, ainsi que toutes celles qui lui ont succédé et qui sont considérées par la doctrine comme des continuités

²⁶⁴ Cour Suprême, *Wisconsin v. Yoder*, précité

à l'application de sa règle jurisprudentielle, ne sont que des prémices de la décision *Smith* venant éclaircir et consacrer la règle qui existe depuis le XIXe siècle.

Il existe certes des jurisprudences élaborées sous l'ère *Sherbert* qui pourraient remettre en cause ce raisonnement. Cependant, en les analysant correctement, il s'avère que ce ne sont, en réalité, que de simples balbutiements, la Cour étant toujours dans un mouvement de création. Ses « coups de crayon » pouvant être, au début, hésitants, puis, par la suite, amener à certaines « esquisses » incomplètes, voire grossières, pour au final arriver à la création d'un véritable « chef d'œuvre », la consécration de ce à quoi ces différents tâtonnements ont amené. Durant la période qui a succédé à la décision *Sherbert*, la Cour Suprême était alors à l'étape des « esquisses », elle tentait de dégager les grands principes de sa règle jurisprudentielle qui sera consacrée par *Smith*. C'est pourquoi il est bien difficile de savoir véritablement si la Cour établissait un contrôle minimal ou intermédiaire. Dans plusieurs décisions, les juges ont utilisés différentes nominations pour le critère de l'intérêt public, il devait soit s'agir d'un « *grand intérêt public* »²⁶⁵, soit d'un « *intérêt gouvernemental supérieur/majeur* »²⁶⁶, soit d'un « *intérêt gouvernemental substantiel lié [à la loi litigieuse]* »²⁶⁷. Si les deux premiers qualificatifs sont assez flous, le dernier cependant se rapproche du *rational basis test* (le caractère substantiel pourrait s'apparenter au caractère légitime de ce test et on retrouve le terme « *lié* » propre à la définition de ce contrôle). C'est surtout la décision *Bowen v. Roy*²⁶⁸ qui se rapproche le plus des critères du contrôle minimum en ce qu'il demande l'existence d'un « *intérêt public légitime et important* ». Et dans ces différentes décisions, il est même possible de retrouver plusieurs points de contrôle propres à la jurisprudence *Smith* comme par exemple : la constatation que la loi est neutre (dans *Bowen*²⁶⁹, les juges vont même jusqu'à constater que la loi litigieuse est généralement applicable) et qu'elle ne discrimine pas, n'est pas contraire à la clause d'établissement, ou ne viole pas tout autre droit que la liberté religieuse du requérant ; lorsque la loi valide ces deux points alors les juges peuvent refuser l'application du contrôle strict pour le litige. Ainsi, divers critères propres à la jurisprudence *Smith* existaient déjà en balbutiement durant la période de 1963 à 1990, ce qui confirme que la décision *Sherbert* et toutes celles qui lui ont succédé ne sont que des applications à tâtons de la règle jurisprudentielle *Smith* avant l'heure.

²⁶⁵ Cour Suprême, *Hernandez v. Commissioner*, 490 U.S. 680 (1989)

²⁶⁶ Cour Suprême, *United States v. Lee*, précité

²⁶⁷ Cour Suprême, *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971)

²⁶⁸ Cour Suprême, *Bowen v. Roy*, précité

²⁶⁹ *Ibid.*

Donc, la volonté des législateurs de restaurer un passé glorieux pour la protection de la liberté religieuse n'était qu'une illusion. La RFRA est donc la consécration d'une utopie doctrinale qui en pratique est source de discordes au sein de la population américaine. Ce qui explique les raisons de cette fracture qu'elle a causé, car cette norme n'est pas adaptée à la pratique, il s'agit d'une simple utopie impossible à véritablement mettre en œuvre sans amener à l'anarchie. C'est la raison pour laquelle il faudrait revenir à la règle *Smith* qui est en réalité le résultat d'un travail centenaire composé d'hésitations, d'esquisses, et de dessins sommaires qui ont amené à l'avènement d'une jurisprudence relative à la liberté religieuse protégeant à la fois les minorités religieuses mais aussi l'intégrité et l'efficacité des politiques gouvernementales.

II- La jurisprudence *Smith*, une solution face aux discordes engendrées par la RFRA

Il faut tout d'abord rappeler que malgré l'application quasi-généralisée de la norme RFRA aux niveaux fédéral et fédérés, certains Etats appliquent toujours la jurisprudence *Smith*. Ainsi, cette règle issue de la Cour Suprême existe toujours et ne semble pas être source de problèmes apparents. Ce qui confirme donc qu'à l'inverse de la RFRA, *Smith* est une solution salubre ne venant pas créer de nouvelles disparités entre les populations minoritaires et majoritaires, mais vient plutôt les corriger et apaiser tous les conflits, elle peut même venir protéger toutes les catégories de population précédemment citées telles que les religieux (minoritaires (civils, militaires ou prisonniers) ou issus de religions *mainstream*), les athées ou agnostiques, les LGBT et les femmes. C'est en cela que cette jurisprudence est une solution salubre qui devrait être adoptée à la place de la RFRA.

Cela se voit tout d'abord par le fait que *Smith* est une règle permettant de préserver l'intégrité, l'effectivité et l'efficacité des politiques publiques. En effet, elle leur offre une grande protection au travers d'un contrôle minimal, un *rational basis test*, s'il s'agit de lois neutres et d'application générale. Cependant, si celles-ci ne le sont pas et tendent à la discrimination de la religion et donc nuisent à la clause d'établissement, alors les juges devront être moins conciliants et mettre en œuvre un contrôle strict. Ainsi, le législateur ne doit pas chercher à attaquer directement ou à écarter une religion en particulier ou toutes les religions. Cette solution tend à calmer les conflits entre les religions majoritaires, dont les demandes d'exemption législative n'ont pas abouti, et le législateur. Les membres de ces religions ne

bénéficieront plus d'une seconde chance et donc d'une possibilité de forcer les tiers à suivre leurs préceptes religieux, à moins que le législateur a entendu les discriminer dans l'octroi d'un avantage. Par ailleurs, ce durcissement du contrôle du juge se retrouve également en cas d'atteinte à la fois à la liberté religieuse mais également à un autre droit constitutionnellement garanti. Le législateur doit respecter la Constitution, donc une double atteinte n'est pas tolérée par les juges et devra donc faire l'objet d'un contrôle strict. De cette façon, le législateur ne dispose pas d'une liberté absolue lors de l'élaboration de ses politiques publiques. Sa capacité d'élaborer des lois et règlements doit être mis en balance avec les droits et libertés constitutionnelles des individus (ainsi pour *Smith*, la liberté religieuse n'est pas un droit absolu, c'est une liberté qui doit être équilibrée avec d'autres intérêts), mais elle doit également respecter les obligations incombant au législateur, comme la clause d'établissement.

L'action gouvernementale est donc protégée par la jurisprudence *Smith* (dans une certaine mesure), mais ce qui inquiète beaucoup plus la doctrine c'est le sort qui sera réservé aux minorités religieuses en raison de l'affaiblissement de la protection de la liberté religieuse au moyen d'un contrôle minimal. C'est ce qui était à craindre vu les propos du juge Scalia qui s'est dit prêt à sacrifier les religions minoritaires pour éviter l'anarchie²⁷⁰. Cependant en y regardant de plus près, il convient de constater que cette crainte était infondée, et que les religions minoritaires pourront voir leurs croyances et pratiques religieuses protégées en cas d'application de la règle jurisprudentielle *Smith*.

D'abord, il faut remarquer que le juge, malgré la position dominante de la doctrine, n'est pas celui qui protège le mieux la liberté religieuse des minorités confessionnelles et spirituelles. Il s'agit du législateur. Et c'est ce que le juge McConnell avait déjà pu constater : « *même avant Smith, les exemptions législatives étaient bien plus importantes pour la protection de l'exercice religieux que le Premier Amendement* »²⁷¹. Cela est toujours vrai aujourd'hui. Cependant, ce préjugé venant donner une image de protecteur salubre au juge et d'indifférence au législateur, véhiculée par plusieurs auteurs dont Christopher C. Lund²⁷², est totalement infondée (d'ailleurs il faut remarquer une incohérence dans ce même article du professeur Lund dans lequel il fait l'éloge du juge et le reproche de la négligence du législateur, mais montre également à diverses reprises que le législateur a déjà accordé des exemptions religieuses qui d'ailleurs peuvent être

²⁷⁰ Juge Scalia in Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

²⁷¹ Michael W. McConnell, "The Problem of Singling Out Religion", *DePaul Law Review*, vol. 50, 2000, no. 1, p. 9 in Jonathan P. Kuhn, *op. cit.*

²⁷² Christopher C. Lund, "RFRA, State RFRA, and Religious Minorities", *op. cit.*

controversées (citées auparavant et relatives à la loi sur la vaccination, ou la maltraitance d'enfants), et qui ont pour unique but de protéger des pratiques religieuses minoritaires. Il explique même que le Congrès intervient souvent quand un groupe religieux a perdu un litige devant la Cour Suprême ou en cas de situation récurrente pour cette minorité). Le législateur est un véritable protecteur pour les minorités religieuses que ce soit en amont, c'est-à-dire en dehors de tout litige, la religion minoritaire s'inscrivant dans le jeu des lobbys afin d'influencer le processus législatif, soit en aval, autrement dit après qu'un litige soit survenu et que le religieux a fait face à un refus d'exemption ou d'aménagement. C'est notamment ce qu'a constaté Hillel Levin²⁷³. Celui-ci a remarqué qu'il existait 2 types de situations en amont, et a utilisé 2 affaires relatives à la construction d'un érouv (enceinte clôturée, servant à accueillir des Juifs orthodoxes et leur permettant de suivre leurs préceptes religieux leur interdisant certaines actions qu'ils ne pourraient éviter d'effectuer à l'extérieur de ce territoire délimité). Le premier cas n'est autre que celui de Tenaflly dont le conseil d'arrondissement, après une demande émanant de la minorité religieuse, refuse la construction d'un érouv en raison d'une hostilité à l'égard de cette religion. A l'inverse, pour le cas de Memphis, même si au début les autorités publiques étaient récalcitrantes car elles avaient peur pour l'image de leur ville mais également pour les potentielles dépenses que cela engendrerait, ont finalement décidé de donner un avis favorable à la construction de cette infrastructure grâce à l'influence des juifs orthodoxes dans le processus décisionnel. Pour le professeur Levin, cet exemple est la règle, alors que Tenaflly n'est que l'exception, et constate que le législateur a une tolérance profonde et sous-estimée pour les groupes religieux minoritaires dont il accepte régulièrement les demandes d'aménagement ou d'exemption. Cet auteur montre d'ailleurs de nombreux exemples dans lesquels l'autorité législative a entendu protéger les minorités religieuses : avec la création d'un nouveau système de suivi et de traitement des demandes d'exemption pour les Amish, avec l'établissement d'un droit des parents de circoncire leurs enfants mâles en Californie afin de protéger les pratiques religieuses juives contestées par plusieurs militants voulant interdire ce comportement, avec l'adoption de lois par le Congrès visant à protéger les croyances amérindiennes (AIRFA²⁷⁴, BGEPA²⁷⁵, NHPA²⁷⁶, NAGPRA²⁷⁷), avec des exemples précédemment cités comme l'autorisation du peyote à usage religieux ou encore la possibilité

²⁷³ Hillel Y. Levin, "Rethinking Religious Minorities' Political Power", *op. cit.*

²⁷⁴ *American Indian Religious Freedom Act*, précitée

²⁷⁵ *Bald and Golden Eagle Protection Act*, précitée

²⁷⁶ *National Historic Preservation Act* (Public Law 89-665; 54 U.S.C. 300101 et seq), promulguée le 15 octobre 1966

²⁷⁷ *Native American Graves Protection and Repatriation Act* (Public Law 101-601, 25 U.S.C. 3001 et seq., 104 Stat. 3048), promulguée le 16 novembre 1990

de porter un vêtement religieux pour les militaires. Enfin, Hillel Levin explique que le législateur protège ces minorités même lorsqu'il n'y a pas d'événement médiatisé en raison d'un litige, car les politiciens ont tout à gagner à protéger les groupes religieux, même les plus petits, car ils constituent une solide majorité de citoyens américains lorsqu'ils sont pris collectivement (donc ils font souvent pression ensemble pour obtenir un aménagement, et il n'est pas rare que les religions majoritaires leur apporte leur soutien). Ainsi, même si la jurisprudence *Smith* vient abaisser le niveau de contrôle afin d'appliquer un examen minimal, il n'en demeure pas moins que les minorités religieuses, leurs croyances et leurs pratiques sont déjà protégées en grande partie par le législateur.

Néanmoins, cela ne signifie pas que le juge ne peut pas être amené à protéger la liberté religieuse des minorités. Au contraire, il a été possible de voir précédemment que sous la fameuse ère *Sherbert*, plusieurs décisions avaient permis de protéger les préceptes religieux des fidèles de religions minoritaires en application de la règle *Smith* embryonnaire. Mais c'est surtout avec la décision *Church of the Lukumi*²⁷⁸ de la Cour Suprême, intervenue 3 ans après la consécration de la jurisprudence *Smith*, qu'il est possible de voir que cette règle n'est pas synonyme d'abandon de la protection judiciaire de la liberté religieuse. Dans cette affaire, le conseil municipal d'une commune de Floride a édicté une mesure juridique venant interdire tout sacrifice animal, sauf pour quelques exceptions (les abattoirs casher, les abattoirs réguliers, la chasse, la pêche, etc.), juste au moment où l'Église de Lukumi-Babalu Aye, Inc. est venue s'installer dans cette ville. Cette confession religieuse pratique la religion Santeria et dont l'une des activités religieuses prépondérantes de cette croyance est le sacrifice d'animaux pour certaines occasions (une naissance, un mariage, une mort, une guérison, etc.). L'Église a donc attaqué cet acte juridique au motif qu'il est contraire à la clause de libre exercice. La Cour Suprême a considéré, à l'unanimité, que cette ordonnance locale devait être annulée car violant la liberté religieuse de l'Église. Les juges ont appliqué la jurisprudence *Smith* et ont remarqué que la mesure juridique litigieuse qui pouvait sembler neutre en apparence, ne l'était pas dans le fond car elle ne s'appliquait en réalité qu'aux sacrifices religieux, principalement ceux de la Santeria. La Cour a donc appliqué un contrôle strict et, en raison de l'absence d'un intérêt impérieux, a déclaré nulle la règle adoptée par le conseil municipal. Ainsi, la règle *Smith* est tout à fait capable de protéger les religions minoritaires. Surtout si la définition de « l'application générale » et de la « neutralité » pouvait être élargie dans une certaine mesure. Il faut tout d'abord inclure dans ces notions l'*Equal protection*, car si un groupe ayant un

²⁷⁸ Cour Suprême, *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993)

système de croyances similaire à un autre ayant bénéficié d'un aménagement ou d'une exemption alors il faut obligatoirement que le juge leur accorde également. C'est ainsi que les minorités religieuses bénéficieront de la même protection que les religions majoritaires, mais également que les athées et agnostiques pourront être protégés s'ils présentent des croyances et principaux moraux profondément ancrés, similaires à des croyances religieuses pour les fidèles confessionnels. La protection égale est une solution suffisante, il ne faut pas élargir l'exigence de neutralité et d'application générale à l'*Equal liberty*. Car comme l'explique Christopher Lund²⁷⁹, avec « l'application générale » de Smith (interprétée sous l'angle de l'*Equal protection*), le juge aurait cherché à savoir si un groupe important a effectivement été exempté, alors qu'avec la Liberté égale, serait regardé si un groupe significatif aurait pu être exempté. Cependant, cette dernière solution pourrait s'avérer extrêmement anarchique au même titre que la RFRA. Car, s'il est assez simple de savoir si un groupe a déjà été exempté en raison d'une croyance ou une pratique analogue, se demander si une communauté aurait pu être exemptée si elle avait été plus imposante relève de la simple supputation. L'*Equal liberty* instaurerait un climat judiciaire d'incertitudes, avec une forte possibilité que les juges décident arbitrairement quel contrôle utilisé, face à une religion minoritaire, à laquelle ils sont hostiles, ils considéreront que le législateur ne leur aurait pas offert d'exemption même s'il s'agissait d'une confession majoritaire, et auraient décidé l'inverse face à une politique publique à laquelle ils sont défavorables. Alors, l'application de cette théorie n'amènerait qu'à la résurgence de la norme RFRA et aux dérives constatées quant à son application.

En réalité, la mise en œuvre de l'*Equal protection* est suffisante pour pouvoir protéger les minorités religieuses. Par exemple, en 1988, dans la décision *Lyng*²⁸⁰ précitée, la Cour Suprême a refusé de protéger la liberté religieuse des amérindiens dont les sites sacrés étaient menacés. Or, comme cela fut également vu, en 1973, cette même Cour a rendu un arrêt *Pillar of Fire v. Denver Urban Renewal Authority*²⁸¹ dans laquelle une autre communauté religieuse a pu bénéficier d'une protection de leur lieu de culte. En associant la jurisprudence Smith à la protection égale, en principe, les amérindiens auraient été en mesure d'obtenir la même décision pour leurs terres sacrées, car refuser cette égalité de la protection serait contraire à la constitution au nom de la clause d'établissement, certaines communautés sont discriminées en raison de leur religion. C'est la raison pour laquelle la décision *Smith* est critiquable car elle a refusé d'accorder une exemption aux amérindiens pour l'usage religieux du peyote. Cependant,

²⁷⁹ Christopher C. Lund, "Exploring Free Exercise Doctrine: Equal Liberty and Religious Exemptions", *Tennessee Law Review*, vol. 77, 2010, pp. 351-384

²⁸⁰ Cour Suprême, *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n*, précité

²⁸¹ Cour Suprême du Colorado, *Pillar of Fire v. Denver Urban Renewal Authority*, précité

cette question d'accepter cette pratique religieuse, au cœur de la religion amérindienne, divise la doctrine, mais a également divisé les juges dissidents. Pour certains, comme les juges Blackmun, Brennan et Marshall²⁸², il fallait autoriser l'usage du peyote tout comme le vin de messe a reçu des exemptions que ce soit lors de la Prohibition, ou dans le cadre des lois interdisant aux personnes de moins de 21 ans de consommer de l'alcool. Néanmoins, pour la juge O'Connor²⁸³ ou le professeur Kent Greenawalt²⁸⁴, il ne fallait pas accorder cette exemption religieuse car l'usage de cette plante hallucinogène est beaucoup plus dévastateur pour la santé de ceux qui la consomment que le vin de messe. L'*Equal protection* a pour limite que la croyance ou pratique demandant une protection analogue ne doit pas amener à une situation de dangerosité pour le demandeur ou autrui. Mais dans le cas de *Smith*, l'utilisation raisonnable de cette plante à des fins uniquement religieuses pouvait atténuer sa dangerosité à un niveau équivalent à celui du vin de messe, donc aurait pu bénéficier d'une exemption religieuse. Concernant plus spécifiquement les amérindiens, un autre problème explique cette différence de traitement, il s'agit de l'incompréhension ainsi que l'hostilité des juges à leur égard. Pour pouvoir appliquer la jurisprudence *Smith* couplée avec l'*Equal protection* et permettre d'assurer la liberté religieuse de tous, il faut impérativement éduquer les juges quant aux croyances et pratiques amérindiennes afin de dissiper l'incompréhension, et donc éliminer ce qui peut être la principale source d'hostilité envers cette communauté. Ceci éviterait donc que les juges refusent de protéger des terres sacrées qui sont le cœur des croyances religieuses amérindiennes (et qui devrait automatiquement bénéficier d'un contrôle strict étant donné que ce sont les croyances elles-mêmes qui sont touchées substantiellement par les lois litigieuses), et cela aurait permis à la majorité des *Justices* de Cour Suprême de comprendre que l'usage du peyote présente la même dangerosité que la consommation du vin de messe.

Aussi, pour les autres minorités religieuses, elles pourront bénéficier avec la jurisprudence *Smith* et la Protection égale des mêmes dispenses que bénéficient d'autres communautés confessionnelles ou non-religieuses ayant obtenu des exemptions législatives. C'est pourquoi, dans les exemples précités de militaires et de prisonniers n'ayant pas pu obtenir d'exemption religieuse, ceux-ci pourront en bénéficier en raison des différentes dispenses aux règles carcérales et militaires qui ont été abordées dans la première partie²⁸⁵. Concernant les « *spiritual but not religious* », eux aussi pourront obtenir la protection de leurs croyances et pratiques

²⁸² Juges Blackmun, Brennan et Marshall in Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

²⁸³ Juge O'Connor in Cour Suprême, *Employment Div. v. Smith*, précité

²⁸⁴ Kent Greenawalt, "How Does Equal Liberty Fare in Relation to Other Approaches to the Religion Clauses", *op. cit.*

²⁸⁵ Voir Partie 1, Chapitre 1, Section 2

religieuses dès lors que des préceptes religieux ou moraux ont également permis de recevoir une dispense de l'application de la loi pour leurs propriétaires. Pour reprendre le cas de Psychic Sophie²⁸⁶, étant donné que ses activités spirituelles se rapprochent de celles de la religion Wicca, elle pourra bénéficier des mêmes exemptions. Et plus largement, si les groupes religieux peuvent invoquer l'*Equal protection* pour bénéficier des exceptions législatives ou judiciaires accordées à certains religieux ou non-religieux, l'inverse pour les athées et agnostiques s'applique également. Etant donné qu'avec la jurisprudence *Smith*, il n'y a plus de crainte d'altérer les politiques publiques (car toutes les lois ne pourront faire l'objet d'exemptions religieuses, à moins que le législateur en décide lui-même autrement), il faut étendre la protection aux « non-croyants » ayant des croyances morales ou philosophiques profondément ancrées, similaires à des préceptes religieux. Selon Jonathan Kuhn, si le législateur (ou le juge) refuse l'expansion de cette protection, cela pourrait être la preuve que la loi a une intention malveillante de promouvoir une religion spécifique, ce qui est contraire à la clause d'établissement²⁸⁷. Donc la protection que pourrait fournir la jurisprudence *Smith* au moyen de la protection égale permettrait de protéger les minorités religieuses, et même au-delà les athées et agnostiques, à l'inverse de la RFRA.

Il est également possible de définir les termes de « neutralité » et « d'application générale » au regard de la potentielle exclusion d'un groupe religieux dans le processus politiques. Hillel Levin²⁸⁸ expliquait que les groupes religieux majoritaires et minoritaires sont capables de faire du lobbying et donc de faire partie du système politique, cependant lorsqu'une religion précise, ou la religion en général est la cible de la majorité législative et est donc exclue du processus décisionnel, alors les tribunaux et la constitution sont là pour la protéger. Ainsi, la loi ne serait pas neutre si un groupe religieux a été exclu du système politique ou du processus politique, et non pas seulement si elle a pour effet accessoire de désavantager la religion ; à l'inverse, si cette communauté religieuse a participé au processus décisionnel et n'a pas obtenu d'exemption alors la loi est neutre, il y a simplement une divergence d'opinions (il y a simplement des choix politiques, les élus ont préféré tels intérêts, il s'agit là d'un simple phénomène du processus politique). Le professeur Levin explique donc qu'au regard de cela, plusieurs lois comme celles relatives aux droits des personnes LGBT (notamment en matière de mariage) et celles pour l'inclusion de la contraception dans les régimes d'assurance maladie n'ont pas intégré dans leur sein d'exemption religieuse, non pas parce que le législateur a écarté les religions du processus

²⁸⁶ Tribunal du District de Virginie, *Moore-King v. Cnty. of Chesterfield*, précité

²⁸⁷ Jonathan P. Kuhn, *op. cit.*

²⁸⁸ Hillel Y. Levin "Rethinking Religious Minorities' Political Power", *op. cit.*

décisionnel, mais simplement parce qu'après avoir écouté leurs arguments religieux il a considéré que les intérêts relatifs à la protection des LGBT et des femmes étaient plus importants. Cette vision permettrait donc d'assurer à ces groupes discriminés par les religions majoritaires l'intégrité et l'efficacité de leurs droits (même si la seule jurisprudence *Smith* permet déjà cela en dehors de cette interprétation de la neutralité de la loi), mais également de donner une meilleure protection aux minorités religieuses qui pourraient être discriminées par le législateur et donc exclues du processus politique.

Par conséquent, la RFRA est source de discordes, de divisions et d'anarchie, mais cela s'explique parfaitement car cette norme est issue d'une vision utopique de la jurisprudence telle qu'elle était avant la décision *Smith*. En consacrant ce préjugé, le législateur a instauré une loi conflictuelle dont l'application a aggravé les conséquences néfastes de cette règle juridique. Le seul remède qu'il serait possible d'envisager (même si une modification ou l'abandon de la RFRA s'avère difficile, voire impossible à mettre en œuvre dans l'ensemble du pays) ce serait un retour à la jurisprudence *Smith* pour résoudre la fracture actuelle que cette norme a engendré. Cette règle jurisprudentielle pourrait effacer tous les maux provoqués par la RFRA, et surtout elle permettrait d'atteindre l'objectif que la loi de 1993 n'a pu accomplir, c'est-à-dire protéger les minorités religieuses (même si pour cela les juges devront de leur côté se montrer plus coopératifs, compréhensifs et moins hostiles envers certaines religions).

CONCLUSION

La RFRA est donc une grande source de conflits, d'insécurité juridique et d'atteinte à l'action gouvernementale. Mais c'est en majeure partie son application par les juges qui amène à ces nuisances. Alors que la jurisprudence Smith permettrait de freiner ce phénomène, la RFRA quant à elle vient aggraver l'arbitraire des juges. Ces derniers sont à l'origine d'une fracture. Leurs décisions viennent à la fois nuire aux minorités qu'elles soient religieuses ou non, mais également aux politiques publiques alors même que l'intérêt qu'elles défendent pourrait être d'une importance considérable.

C'est à ce titre qu'est constatable une véritable opposition dans la manière dont les Etats-Unis et la France jugent les demandes de protection de la liberté religieuse.

Dans ce premier pays, comme il a été possible de le voir, ce n'est pas le juge mais bien le législateur qui est le véritable pilier protecteur pour toutes les religions, qu'elles soient minoritaires ou majoritaires. Le juge américain quant à lui ne permet pas une telle protection pour toutes les religions, elle est différenciée en fonction de la taille de la confession religieuse ou en fonction de la potentielle hostilité qu'il ressent à l'égard d'une communauté religieuse ou d'une politique publique litigieuse. C'est pourquoi pour bon nombre de religions minoritaires c'est le législateur national ou local qui accorde des aménagements ou des exemptions religieuses que ce soit a priori, ou a posteriori (après un refus judiciaire de protection). A l'inverse, en France, ce sont les juges qui sont les plus protecteurs à l'égard de la liberté religieuse par rapport au législateur (entendu dans un sens large comme étant celui qui crée la norme). Et parmi les juges, c'est le Conseil d'Etat qui est celui qui apporte la plus grande protection à l'égard des règles prises par une autorité étatique. Plusieurs affaires ont permis de le constater. C'est tout d'abord la question du port du voile dans un établissement scolaire par des élèves. Le Conseil d'Etat dans deux décisions (l'arrêt *Kherouaa* du 2 novembre 1992²⁸⁹ et l'arrêt *Yilmaz* du 14 mars 1994²⁹⁰) a interdit des dispositions générales interdisant le port de tout signe religieux par des étudiants, car cela portait atteinte à la liberté de conscience de ces élèves. Néanmoins, il a reconnu que cette liberté avait pour limite l'intérêt général et l'ordre public, et donc si le choix d'une jeune fille de porter un voile (qui était souvent le signe religieux visait à ces dispositions générales) à l'école constitue « *acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, [porte] atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres*

²⁸⁹ Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 2 novembre 1992, 130394, publié au recueil Lebon

²⁹⁰ Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 14 mars 1994, 145656, publié au recueil Lebon

membres de la communauté éducative, [compromet] leur santé ou leur sécurité, [perturbe] le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, [ou trouble] l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public », alors il peut lui être demandé de retirer ce signe religieux source de nuisance. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a validé la décision d'exclusion définitive de deux élèves dont le port d'un voile islamique perturbait le bon déroulement des cours d'éducation physique²⁹¹. Même si au final cette question du port de signe religieux dans le milieu scolaire par des élèves a été tranchée par le législateur à travers une interdiction générale²⁹², il ressort de ces décisions que le Conseil d'Etat a entendu protéger la liberté religieuse de ces étudiants et que seules des atteintes à l'intérêt général ou à l'ordre public pouvaient justifier des atteintes à ce droit (ce qui n'est pas sans rappeler l'*intermediate scrutiny* aux Etats-Unis). Autre affaire illustrant cette protection du juge français, il s'agit du port du burkini. Le juge des référés du Conseil d'Etat a considéré qu'un maire ne pouvait interdire le port d'un signe religieux parce qu'il considérait que cela nuisait aux bonnes mœurs et à la laïcité. Les seules mesures de police que le maire peut prendre afin de « *réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage* »²⁹³. C'est ce que le juge a décidé dans les décisions relatives aux arrêtés « anti-burkini » des villes de Cagnes-sur-Mer²⁹⁴ et de Villeneuve-Loubet²⁹⁵. Une fois encore la plus haute juridiction administrative s'inscrit comme le protecteur de la liberté religieuse des individus face au législateur. C'est encore le cas dans l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat en date du 18 mai 2020²⁹⁶, dans laquelle la juridiction ordonne au gouvernement de lever l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte (mesure prise en raison de l'épidémie de Covid-19). Celle-ci est jugée contraire à la liberté de culte au motif qu'elle est disproportionnée au regard de l'objectif de préservation de la santé publique. Donc le Conseil d'Etat et plus largement le juge français assurent une véritable protection de la liberté religieuse.

Il serait donc possible de s'interroger quant à l'applicabilité d'une RFRA en France. Cette norme présente quelques défauts au niveau textuel, mais c'est surtout dans son application par

²⁹¹ Conseil d'Etat, 4/1 SSR, 10 mars 1995, n°159981, publié au recueil Lebon

²⁹² Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics

²⁹³ Conseil d'Etat, Juge des référés, formation collégiale, 26 septembre 2016, n°403578

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Conseil d'Etat, Juge des référés, formation collégiale, 26 août 2016, n°402742, publié au recueil Lebon

²⁹⁶ Conseil d'Etat, Juge des référés, 18 mai 2020, n°440361-440511, n°440366 et suivants, n°440512 et n°440519

les juges qu'elle devient source de danger. Or, les juges français semblent moins partisans de l'arbitraire, ils ont à cœur de protéger la liberté religieuse mais dans la limite de l'intérêt général et de l'ordre public afin de ne pas nuire aux politiques publiques. Cependant, il y a des raisons de penser qu'une telle règle ne pourrait pas être mise en œuvre en France, d'une part elle représente un risque majeur pour l'intégrité et l'efficacité des politiques publiques (en raison du contrôle strict qui est le cœur même de cette norme et qui est fondamentalement trop sévère pour les lois neutres et d'application générale ne portant pas une atteinte directe à la religion d'un individu), et d'autre part, la France ne partage pas la vision américaine à propos de la liberté religieuse. Concernant ce dernier point, cela s'explique par l'histoire de ces deux pays. Le professeur Laycock²⁹⁷ considère que la vue étroite du droit français mais également de l'opinion publique française relative à la liberté religieuse est due à l'opposition catholique persistante contre la Révolution française, contre les libertés du peuple, alors qu'à l'inverse aux Etats-Unis, les églises ont massivement supporté la Révolution et n'étaient pas associées à la monarchie, donc la liberté et la religion sont considérées comme des alliés naturels. C'est la raison pour laquelle la RFRA a été adoptée aux Etats-Unis, car l'opinion publique glorifie la liberté religieuse et a donc voulu lui offrir le plus haut niveau de contrôle afin qu'elle bénéficie de la plus grande protection parmi toutes les libertés (même si les juges de la Cour Suprême savaient depuis plus d'un siècle qu'une telle situation n'amènerait qu'à l'anarchie). En France toutefois, le niveau de protection de la liberté religieuse accordé par le juge est bien en-dessous de celui de la RFRA, il s'agit au maximum d'un contrôle intermédiaire nécessitant un intérêt général pour écarter la protection. Et cette comparaison permet de remarquer qu'un niveau de protection moins soutenu que celui de la loi de 1993 est bénéfique pour l'ensemble de la population. En France, les minorités religieuses bénéficient d'une protection de leur liberté de conscience, et celle-ci n'est pas un frein à l'établissement de politiques publiques progressistes (lors de l'adoption de la loi relative au mariage homosexuel, il y a eu des oppositions de la part de communautés religieuses, connues sous le nom de *La Marche pour Tous*, mais elle n'a pas amené aux dérives qu'il a été possible de constater aux Etats-Unis sur le fondement de la RFRA). C'est la raison pour laquelle, même s'il s'avère que ce sera un travail long et fastidieux, il faut modifier la RFRA, voire l'abandonner et mettre en place un niveau de contrôle plus faible qui permettra d'éviter tous les abus qui ont été constatés sur le fondement de la loi de 1993 et de la liberté religieuse.

²⁹⁷ Douglas Laycock, "Religious Liberty and the Culture Wars", *op. cit.*

Bibliographie

- Alberico (Michael A.), "Shave That Man's Beard, That Is an Order: Why United States Army Service Members Can Be Forcibly Shaved", *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 15, no. 1, 2013, pp. 167-182
- Chemerinsky (Erwin), "The Religious Freedom Restoration Act is a Constitutional Expansion of Rights", *William and Mary Law Review*, vol. 39, no. 3, février 1998, pp. 601-636
- Colby (Kimberlee Wood), "The 20th Anniversary of the Religious Freedom Restoration Act" *Journal of Christian Legal Thought*, vol. 4, no. 1, printemps 2014, pp. 12-14
- Corvino (John), Anderson (Ryan T.) et Girgis (Sherif), *Debating Religious Liberty and Discrimination*, Oxford University Press, 2017
- Drinan (Robert F.), "Are the Expectations for the Religious Freedom Restoration Act Being Realized", *Journal of Church and State*, vol. 39, no. 1, hiver 1997, pp. 53-66
- Fassassi (Idris), « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 32-2016, 2017, Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle, pp. 785-807
- Ford (David Lee), "Understanding the U.S. Army's Religious Accommodation Policy and Procedures", *Army Lawyer*, vol. 2016, no. 9, septembre 2016, pp. 3-11
- Frey (Adam E.), "Serving Two Masters: A Scheme for Analyzing Religious Accommodation Requests in the Military", *Air Force Law Review*, vol. 74, 2015, pp. 47-112
- Gaffney (Dean Edward McGlynn), "An Answer to Smith: The Religious Freedom Restoration Act", *Quarterly*, vol. 11, no. 3, automne 1990, pp. 17-18
- Gedicks (Frederick Mark)
 - "Exemptions religieuses, neutralité et laïcité" in *La conception américaine de la laïcité*, sous la direction d'Elizabeth Zoller, Dalloz, 2005, pp. 179-197
 - "Substantial Burdens: How Courts May (and Why They Must) Judge Burdens on Religion under RFRA", *George Washington Law Review*, vol. 85, no. 1, Janvier 2017, pp. 94-151
- Greenawalt (Kent), "How Does Equal Liberty Fare in Relation to Other Approaches to the Religion Clauses", *Texas Law Review*, vol. 85, no. 5, avril 2007, pp. 1217-1246

- Harris (Stewart L.), "Which Bible - Which God." *Appalachian Journal of Law*, vol. 12, no. 1, hiver 2012, pp. 151-[iv]
- Hum (Bryan A.), "My Religion, My Rules: Examining the Impact of RFRA Laws on Individual Rights", *Albany Law Review*, vol. 79, no. 2, 2015-2016, pp. 621-626
- Koppelman (Andrew), "You Can't Hurry Love - Why Antidiscrimination Protections for Gay People Should Have Religious Exemptions", *Brooklyn Law Review*, vol. 72, no. 1, automne 2006, pp. 125-146
- Koppelman (Andrew) et Gedicks (Frederick M.), "Is Hobby Lobby Worse for Religious Liberty than Smith", *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy (Minnesota)*, vol. 9, no. 2, printemps 2015, pp. 223-247
- Kuhn (Jonathan P.), "The Religious Difference: Equal Protection and the Accommodation of (Non)-Religion", *Washington University Law Review*, vol. 94, no. 1, 2016, pp. 191-232
- Laborde (Cecile), "Equal liberty, nonestablishment, and religious freedom." *Legal Theory*, vol. 20, no. 1, mars 2014, pp. 52-[vii].
- Laycock (Douglas)
 - "Religious Liberty and the Culture Wars", *University of Illinois Law Review*, 2014, no. 3, pp. 839-880
 - "Sex, Atheism, and the Free Exercise of Religion", *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 88, no. 3, printemps 2011, pp. 407-432
 - "The Religious Exemption Debate", *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 11, no. 1, automne 2009, pp. 139-176
 - "The Religious Freedom Restoration Act", *Brigham Young University Law Review*, vol. 1993, no. 1, 1993, pp. 221-258
 - "The Wedding-Vendor Cases", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 41, no. 1, hiver 2018, pp. 49-66
- Laycock (Douglas) et Berg (Thomas C.), "Protecting Same-Sex Marriage and Religious Liberty", *Virginia Law Review Online*, 99, 2013, pp. 1-9
- Levin (Hillel Y.), "Rethinking Religious Minorities' Political Power", *U.C. Davis Law Review*, vol. 48, no. 5, Juin 2015, pp. 1617-1686
- Lund (Christopher C.)
 - "Exploring Free Exercise Doctrine: Equal Liberty and Religious Exemptions", *Tennessee Law Review*, vol. 77, 2010, pp. 351-384

- "RFRA, State RFRAs, and Religious Minorities", *San Diego Law Review*, vol. 53, no. 1, Février-Mars 2016, pp. 163-184
- Lupu (Ira C.) et Tuttle (Robert W.), "The Limits of Equal Liberty as a Theory of Religious Freedom", *Texas Law Review*, avril 2007
- Marshall (William P.), "Extricating the Religious Exemption Debate from the Culture Wars", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 41, no. 1, hiver 2018, pp. 67-78
- McHugh (Margaret E.), "Does Serving Your Military Mean You Can't Serve Your God: Comparing an Interest in Obedience from Service Members to Their Religious Freedom", *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 19, no. 1, 2018, pp. 43-72
- Miller (Courtney), "Spiritual but Not Religious: Rethinking the Legal Definition of Religion", *Virginia Law Review*, vol. 102, no. 3, mai 2016, pp. 833-[iv].
- Oxford (Clinton), "Failing Native American Prisoners: RLUIPA & the Dilution of Strict Scrutiny", *Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives*, vol. 9, no. 2, automne 2017, pp. 203-220
- Peters (Shawn F.), "Review Essay", *Journal of Law and Religion*, vol. 24, no. 2, 2008-2009, pp. 703-712
- Rosenfeld (Michel), "Can Constitutionalism, Secularism and Religion Be Reconciled in an Era of Globalization and Religious Revival", *Cardozo Law Review*, vol. 30, no. 6, juin 2009, pp. 2333-2368
- Saison (Tania), "Restoring Obscurity: The Shortcomings of the Religious Freedom Restoration Act", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 28, no. 4, été 1995, pp. 653-690
- Scoffoni (Guy), « Etats-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 13-1997, 1998, Les discriminations positives - Le droit constitutionnel du travail. pp. 595-632
- Scott-Railton (Thomas), "A Legal Sanctuary: How the Religious Freedom Restoration Act Could Protect Sanctuary Churches", *The Yale Law Journal*, vol. 128, no. 2, novembre 2018, pp. 254-543
- Sisk (Gregory C.), "How Traditional and Minority Religions Fare in the Courts : Empirical Evidence from Religious Liberty Cases", *University of Colorado Law Review*, vol. 76, no. 4, 2005, pp. 1021-1056
- Solove (Daniel J.), "Faith Profaned: The Religious Freedom Restoration Act and Religion in the Prisons", *Yale Law Journal*, vol. 106, no. 2, novembre 1996, pp. 459-492

- Tapahe (Luralene D), "After the Religious Freedom Restoration Act: Still No Equal Protection for First American Worshipers", *New Mexico Law Review*, vol. 24, no. 2, printemps 1994, pp. 331-364.
- Tebbe (Nelson), "Nonbelievers", *Virginia Law Review*, vol. 97, no. 5, septembre 2011, pp. 1111-1180
- Travis (Whitney), "The Religious Freedom Restoration Act and Smith: Dueling Levels of Constitutional Scrutiny", *Washington and Lee Law Review*, vol. 64, no. 4, automne 2007, pp. 1701-1732
- Vroom (Cynthia), « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 33-2017, 2018. Juge constitutionnel et interprétation des normes - Le juge constitutionnel face aux transformations de la démocratie. pp. 265-305
- Wiles (Jessica M.), "Have American Indians Been Written out of the Religious Freedom Restoration Act", *Montana Law Review*, vol. 71, no. 2, été 2010, pp. 471-502
- Wilson (Celeste), "Native Americans and Free Exercise Claims: A Pattern of Inconsistent Application of First Amendment Rights and Insufficient Legislation for Natives Seeking Freedom in Religious Practice", *The Crit : A Critical Studies Journal*, 2014-2015, pp. 1-28
- Wood (James E. Jr.), "The Religious Freedom Restoration Act", *Journal of Church and State*, vol. 33, no. 4, automne 1991, pp. 673-680

Annexe 1 : The Religious Freedom Restoration Act

[Congressional Bills 103th Congress]
[From the U.S. Government Printing Office]
[H.R. 1308 Enrolled Bill (ENR)]

H.R.1308

One Hundred Third Congress

of the

United States of America

AT THE FIRST SESSION

Begun and held at the City of Washington on Tuesday,
the fifth day of January, one thousand nine hundred and ninety-three

An Act

To protect the free exercise of religion.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the
United States of America in Congress assembled,

SECTION 1. SHORT TITLE.

This Act may be cited as the ``Religious Freedom Restoration Act
of
1993''.

SEC. 2. CONGRESSIONAL FINDINGS AND DECLARATION OF PURPOSES.

(a) Findings.--The Congress finds that--

(1) the framers of the Constitution, recognizing free exercise of religion as an unalienable right, secured its protection in the First Amendment to the Constitution;

(2) laws ``neutral'' toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise;

(3) governments should not substantially burden religious exercise without compelling justification;

(4) in *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and

(5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.

(b) Purposes.--The purposes of this Act are--

(1) to restore the compelling interest test as set forth in

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963) and Wisconsin v. Yoder,
406 U.S. 205 (1972) and to guarantee its application in all cases
where

free exercise of religion is substantially burdened; and

(2) to provide a claim or defense to persons whose religious
exercise is substantially burdened by government.

SEC. 3. FREE EXERCISE OF RELIGION PROTECTED.

(a) In General.--Government shall not substantially burden a
person's exercise of religion even if the burden results from a rule
of
general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) Exception.--Government may substantially burden a person's
exercise of religion only if it demonstrates that application of the
burden to the person--

(1) is in furtherance of a compelling governmental interest;
and

(2) is the least restrictive means of furthering that
compelling
governmental interest.

(c) Judicial Relief.--A person whose religious exercise has been
burdened in violation of this section may assert that violation as a
claim or defense in a judicial proceeding and obtain appropriate relief
against a government. Standing to assert a claim or defense under this
section shall be governed by the general rules of standing under
article
III of the Constitution.

SEC. 4. ATTORNEYS FEES.

(a) Judicial Proceedings.--Section 722 of the Revised Statutes (42
U.S.C. 1988) is amended by inserting ``the Religious Freedom
Restoration
Act of 1993,'' before ``or title VI of the Civil Rights Act of 1964''.

(b) Administrative Proceedings.--Section 504(b)(1)(C) of title 5,
United States Code, is amended--

(1) by striking ``and'' at the end of clause (ii);

(2) by striking the semicolon at the end of clause (iii) and
inserting `` , and''; and

(3) by inserting ``(iv) the Religious Freedom Restoration Act
of
1993;'' after clause (iii).

SEC. 5. DEFINITIONS.

As used in this Act--

(1) the term ``government'' includes a branch, department,
agency, instrumentality, and official (or other person acting
under

color of law) of the United States, a State, or a subdivision of
a

State;

(2) the term ``State'' includes the District of Columbia, the
Commonwealth of Puerto Rico, and each territory and possession of
the United States;

(3) the term ``demonstrates'' means meets the burdens of going forward with the evidence and of persuasion; and

(4) the term ``exercise of religion'' means the exercise of religion under the First Amendment to the Constitution.

SEC. 6. APPLICABILITY.

(a) In General.--This Act applies to all Federal and State law, and the implementation of that law, whether statutory or otherwise, and whether adopted before or after the enactment of this Act.

(b) Rule of Construction.--Federal statutory law adopted after the date of the enactment of this Act is subject to this Act unless such law explicitly excludes such application by reference to this Act.

(c) Religious Belief Unaffected.--Nothing in this Act shall be construed to authorize any government to burden any religious belief.

SEC. 7. ESTABLISHMENT CLAUSE UNAFFECTED.

Nothing in this Act shall be construed to affect, interpret, or in any way address that portion of the First Amendment prohibiting laws respecting the establishment of religion (referred to in this section as the ``Establishment Clause''). Granting government funding, benefits, or exemptions, to the extent permissible under the Establishment Clause, shall not constitute a violation of this Act. As used in this section, the term ``granting'', used with respect to government funding, benefits, or exemptions, does not include the denial of government funding, benefits, or exemptions.

Table des matières

Remerciements	2
Sommaire	3
Liste des abréviations	4
INTRODUCTION.....	5
Partie 1 : LA RFRA, facteur de division au sein des groupes sociaux.....	12
Chapitre 1 : La RFRA ou une protection bancale des minorités religieuses.....	12
Section 1 : Une protection différenciée des groupes religieux	13
I- Une protection minimale pour la communauté amérindienne.....	16
II- L’absence de protection pour certaines pratiques religieuses « personnalisées »	24
Section 2 : Le cas particulier des croyants en prison et à l’armée : une application de la norme RFRA en demi-teinte.....	31
I- Le haut niveau de déférence des juges à l’égard des administrations pénitentiaires .	33
II- Le combat de l’unité de l’armée contre l’individualisme religieux des militaires ...	38
Chapitre 2 : La discorde issue de l’application (ou non) de la RFRA aux tiers	46
Section 1 : La RFRA, un facteur de discrimination dans le cadre de la révolution sexuelle	49
I- La RFRA : une menace pour les LGBT et l’accès aux soins relatifs à la reproduction	50
II- Une guerre sociétale à l’issue incertaine pour la liberté religieuse.....	59
Section 2 : La mise à l’écart des « non-croyants » par la non-reconnaissance de leur conscience	65
Partie 2 : La RFRA, un frein contesté au développement des politiques publiques	75
Chapitre 1 : Un mécanisme facteur d’incertitudes pour l’intégrité des politiques publiques	76
Section 1 : Les politiques publiques face à la normalisation de préceptes religieux par la RFRA.....	78

Section 2 : Une application de la RFRA favorisant l'altération de l'action gouvernementale	84
Chapitre 2 : La contestation doctrinale et politique de la RFRA : une volonté de réformer un régime conflictuel	95
Section 1 : Une modification de la RFRA envisagée mais complexe	96
Section 2 : Une volonté de revenir en arrière : la neutralité formelle	103
I- La critique doctrinale envers Smith ou l'utopie d'une liberté religieuse quasi-absolue	103
II- La jurisprudence Smith, une solution face aux discordes engendrées par la RFRA...	111
CONCLUSION	119
Bibliographie.....	122
Annexe 1 : The Religious Freedom Restoration Act	126