

Casse l'arrêt attaqué ; ...

Siég. : MM. **Cl. Parmentier** (prés.), **D. Batselé**, **D. Plas** (rapp.), Mmes **S. Velu** et **M. Regout**. Greffier : Mme **M.-J. Massart**.

M.P. : **M. Th. Werquin**.

Plaid. : M^{es} **M. Mahieu** et **J.-M. Nelissen Grade**.

J.L.M.B. 09/210

Observations

L'excommunication : une liberté religieuse controversée

Si la notion d'excommunication évoque, dans l'esprit de beaucoup, une sanction religieuse exclusivement catholique relevant d'une époque lointaine, force est pourtant de constater que ce type de mesure relève de la pratique courante et actuelle de nombreuses confessions ou cultures. Bien que ces mesures² soient parfois purement sociales³, elles n'en demeurent pas moins le plus souvent religieuses et sont pratiquées de façon très disparate par diverses communautés religieuses: Juifs⁴, Musulmans⁵, Mormons⁶, Témoins de Jéhovah⁷, Amish⁸, Hindous⁹, Mennonites, ...

Si les mesures de discipline religieuse sont si courantes au sein des mouvances religieuses, c'est pour la raison toute simple qu'elles permettent à ces mouvances d'assurer une certaine cohésion sociale, doctrinale et religieuse en leur sein. En effet, là où un Etat bénéficiera du privilège de coercition physique sur son territoire, les ordres juridiques non étatiques sont, quant à eux, réduits à trouver d'autres moyens de contrainte pour faire respecter leurs idéaux. Mais cet état de fait est loin d'être l'apanage des ordres juridiques religieux. Il existe de nombreux autres « micro-

2. Notons que ces mesures de discipline religieuse sont tour à tour qualifiées – en fonction de la communauté les pratiquant – d'excommunication, de *shunning* (terme que l'on peut traduire par évitement mais qui fut parfois traduit par bannissement), d'exclusion, d'*herem*, de *meidung* ou de mesures visant à lutter contre l'infidélité, l'apostasie ou la *riddah*. Si certains ont tenté de différencier le bannissement de l'excommunication – les deux expressions les plus usitées – en fonction de critères objectifs, j'ai choisi d'utiliser, dans cet article, la terminologie la plus générique, c'est-à-dire celle d'excommunication. En effet, ces notions couvrant des réalités très divergentes en fonction de la culture ou du culte considéré, il m'apparaissait manichéen de les différencier arbitrairement (voy. *contra* : N. MERKIN, "Getting Rid of Sinners May Be Expensive : A suggested Approach to Torts Related to Religious Shunning Under the Free Exercise Clause", *34 Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 372, note 12 ; F. RIGAUX, "La Cour de cassation dans le réseau des Cours suprêmes", *J.T.*, 2007, p. 652, note 4).

3. Relativement au rejet social japonais, voy. : T. TANAKA, "The Identity Formation of the Victim of 'Shunning'", *School Psychology International*, vol.22, 2001, p. 463-476. Pour une analyse relative à l'exclusion d'une caste indienne, voy. : R.M.HAYDEN, "Excommunication as Everyday Event and Ultimate Sanction : The Nature of Suspension from an Indian Caste", *Journal of Asian Studies*, 1983, p. 291-307. Notez également le pertinent exemple donné par YADH BEN ACHOUR qui compara le rejet par « certaines sociétés confessionnelles (...) de la libre pensée, de l'apostasie ou du blasphème » au rejet par « certaines sociétés sécularisées et libérales » d'une certaine forme de liberté d'expression par l'instauration d'un « délit de révisionnisme » (Y. BEN ACHOUR, "La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté de religion", Paris, A. Pedone, 2005, p.10).

4. Parmi les mesures de discipline religieuse juive, voy. notamment le célèbre *herem* prononcé contre SPINOZA en 1656 : S. NADLER, *Spinoza's Ethics. An Introduction*, Cambridge University Press, 2006, p. 4-10. Pour une décision juridictionnelle récente à cet égard, voy. : Taylor v. Rabbi M.A.Kurtstag, Beth-Din of Johannesburg and others, High Court of South Africa, Witwatersrand local division, 15 September 2004, Case N° 24825 (inédit).

5. A. AMOR, "Constitution et religion dans les Etats musulmans (IV) : La condition de l'individu", *Conscience et Liberté*, n° 57, 1998, p. 49.

6. K. AUGUSTINE-ADAMS, "The Web and Membership : The Consonance and Conflict of Being American and Latter-Day Saint", *Journal of Law and Religion*, vol. 13, N°2 (1998-1999), p. 567-602.

7. A. LICASTRO, L'intervento del giudice nelle formazioni sociali religiose a tutela dei diritti del fedele espulso, (www.olir.it), 2005.

8. A. ESAU, *The Amish and Litigation* (www.umanitoba.ca/Law/Courses/esau/lr/lr_amish.html).

9. J. DUNCAN M. DERRETT, "Freedom of Religion under the Indian Constitution : Excommunication (Based on Sardar S. T. Saifuddin Saheb v. State of Bombay)", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, n° 2, 1963, p. 693-697.

systèmes juridiques » possédant eux aussi leurs propres règles et juridictions. Ainsi, on peut notamment distinguer, au sein de ce pluralisme juridique : les ordres juridiques sportifs, les ordres professionnels, les prisons, l'armée ou les organes de droit international¹⁰. Dès lors qu'ils ne disposent pas d'un quelconque pouvoir « physique » de contrainte à l'égard de leurs membres, leur seul moyen de pression réside souvent dans la possibilité qu'ils ont d'exclure leurs membres qui ne se plient pas à leurs règles ou idéaux¹¹. En général, l'Etat se contente d'un contrôle marginal sur ces ordres juridiques non étatiques qu'il considère pourtant comme lui étant subordonnés. Toutefois, au vu du statut constitutionnel d'autonomie garanti aux cultes, ce contrôle est encore diminué dans ce cas¹². Il va de soi que les juges, d'ordinaire fort prudents lorsqu'ils ont à analyser une décision ecclésiastique prise par un culte reconnu¹³ devraient montrer la même prudence quels que soient les mouvements religieux à la base des sanctions disciplinaires¹⁴.

Néanmoins, s'il apparaît logique de protéger de telles mesures religieuses d'excommunication et ce, au vu de leur nécessité pour maintenir une certaine cohésion sociale au sein de ces groupes, il convient de relever que, pratiquées à l'extrême, ces mesures de discipline religieuse pourraient poser problème du point de vue du droit des excommuniés à changer de religion. Le problème est pourtant loin d'être aussi simple ! Si l'excommunié bénéficie de certains droits, c'est également le cas non seulement du mouvement excommunié – qui bénéficie de la liberté de la non-association ainsi que de la liberté religieuse – mais également de ses adeptes – qui bénéficient du droit à la non-association, de la liberté religieuse mais aussi du droit éminemment personnel de « choisir ses amis » –. Le problème est également accentué par le fait que les juridictions saisies de ce genre de questions sont souvent amenées à trancher entre des visions religieuses opposées, avec toutes les difficultés que cela suppose dans un Etat laïc !

Là où, en Europe, les procès civils pour cause d'excommunication semblent relever d'une forme de jurisprudence insolite, il faut admettre que les juridictions d'outre-Atlantique ont déjà eu largement l'occasion de se positionner sur cette problématique délicate. Il sera donc utile de se plonger dans l'examen de la jurisprudence américaine en ce domaine. Il sera également intéressant de constater que, dans le cas d'espèce dont la Cour de cassation belge eut à juger dans son arrêt du 18 décembre 2008, certains de ces raisonnements furent repris. C'est à ces diverses questions qu'est consacrée la présente contribution.

1. La jurisprudence américaine relative à l'excommunication

On ne peut pas dire que la jurisprudence américaine se soit positionnée de façon claire et unanime relativement à cette question. Loin s'en faut ! Les cours n'ont pas réussi à établir des précédents consistants qui permettraient, conformément au système utilisé en *Common Law*, d'évaluer les futurs cas d'excommunication¹⁵. Il sera

10. Relativement au système de la Convention européenne des droits de l'homme – à titre purement exemplatif –, il fut ainsi précisé que « si un Etat refusait d'appliquer l'arrêt rendu à son encontre (...) le conflit déboucherait vraisemblablement sur le retrait ou l'exclusion de l'Etat récalcitrant du Conseil de l'Europe » (V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10^e édition, Paris, Dalloz, 2007, p.735).

11. F. RIGAUX, " Hans Kelsen on International Law ", *European Journal of International Law*, 1999, p.338 ; F. RIGAUX, " La Cour de cassation dans le réseau des Cours suprêmes ", *J.T.*, 2007, p. 652.

12. G. VAN HECKE, " Notes critiques sur la théorie de la non-justiciabilité ", in : X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommages à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 525-526.

13. Voy., à titre exemplatif : Liège (1^{ère} ch.), 12 juin 2007, *J.T.*, p. 780-781 et obs. de M.-F.RIGAUX, " La séparation de l'Eglise et de l'Etat : une frontière difficile à tracer " ; Cass., 3 juin 1999, *Rec.*, p.111-112.

14. C. DUVERT, *Les sectes et le droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 61.

15. N. MERKIN, op.cit., 34 Colum. J.L. & Soc. Probs., 2001, p.399.

néanmoins utile d'examiner les différentes solutions jurisprudentielles mises sur pied aux fins d'en tirer quelques leçons transposables en droit « continental ». Comme nous le verrons, la doctrine américaine a néanmoins tenté, parmi la disparité des décisions, de distinguer trois grandes tendances.

A. Le permis d'excommunier ou la « toute puissance » de la liberté de religion ?

Le cas le plus représentatif de cette première tendance jurisprudentielle est certainement l'affaire « Paul v. Watchtower Bible & Tract Society of New York », où la cour d'appel du neuvième circuit stipula notamment que « puisque la pratique de l'évitement fait partie de la foi [d'une religion], (...) la clause [de libre exercice de la religion] de la Constitution des Etats-Unis (...) empêche le demandeur de l'emporter. Les défendeurs ont un privilège constitutionnellement protégé à pratiquer l'évitement »¹⁶. Une partie de la doctrine américaine s'insurgea contre cette décision en estimant qu'elle octroyait aux cultes un permis d'excommunier illimité¹⁷ et ce, pour autant que l'action soit simplement motivée religieusement¹⁸ ! Cette façon de considérer cet arrêt me semble toutefois quelque peu réductrice. Il me semble, en effet, que la cour n'a pas désiré octroyer un tel droit de façon générale et absolue mais que, au contraire, c'est suite à un examen spécifique du cas d'espèce que la cour en est venue à limiter les prétentions de l'excommunié.

Cette solution est manifeste lorsqu'on prête attention aux différents propos de la cour. Tout d'abord, l'arrêt précise que « la pratique de l'évitement ne constitue pas une menace *suffisante* à la paix, la sécurité ou à la moralité de la communauté que pour justifier une intervention étatique »¹⁹. Il est donc clair que la cour a procédé à une forme de test de proportionnalité – résultant d'un examen des faits – avant de rejeter la demande du requérant excommunié. Ensuite, la situation des membres du mouvement excommuniant fut également prise en compte par la cour puisqu'elle reconnut leur droit individuel à ne plus vouloir s'associer avec un excommunié. Enfin, la cour d'appel clôtura son raisonnement en précisant qu'elle « [reconnaissait] les dommages encourus par Janice Paul comme étant bien réels » mais qu'à défaut d'une tolérance de la société à de telles offenses à la sensibilité, la protection de la liberté religieuse du Premier amendement serait sans signification réelle. Considérant toujours la situation de l'excommunié, la Cour a également pris en compte – certes, de façon contestable *in casu*²⁰ – le consentement de l'ex-membre qui était censé, par son affiliation audit mouvement, avoir accepté toute action que ce dernier aurait pu pren-

16. Paul v. Watchtower Bible & Tract Society of New York, 819 F.2d 875 (9th Cir. 1987) et Burgess v. Rock Creek Baptist Church, 734 F. Supp. 30 (D.D.C. 1990) (traductions libres) tels que cités par M. J. BROUYDE, "Forming Religious Communities and Respecting Dissenter's Rights: A Jewish Tradition For A Modern Society", in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 221, note 80.

17. M. J. BROUYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 221-222 ; voy. *contra* : T. HAYDEN, "Religious Motivated 'Outrageous' Conduct : Intentional Infliction of Emotional Distress as a Weapon Against 'Other People's Faiths'", *34 Wm. & Mary L. Rev.*, 1993, p. 652-653.

18. N. MERKIN, *op. cit.*, *34 Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p.386, note 124.

19. Paul v. Watchtower Bible & Tract Society of New York, 819 F.2d at 883 (9th Cir. 1987) (traduction libre – c'est moi qui souligne).

20. La notion d'acceptation contractuelle des décisions ecclésiastiques par l'excommunié me semble généralement être un élément de nature à limiter les droits de cette personne excommuniée. En l'espèce, toutefois, la doctrine ecclésiastique de l'Eglise relative à l'excommunication changea unilatéralement – droit qui ne serait être contesté à une Eglise – vers un durcissement quelques années après que la plaignante ait quitté ledit mouvement ; il me semble que cela rende la prise en compte de son acceptation de la doctrine ecclésiastique « douteuse » *in casu*. Voy., dans ce sens : J.K.MILLER, "Damned If You Do, Damned If You Don't : Religious Shunning and the Free Exercise Clause", *137 Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 281 et 292.

dre à son encontre. Loin d'octroyer un permis d'excommunier illimité²¹, c'est donc bien une mise en balance concrète des droits de chaque partie – du mouvement excommunié, de ses ouailles, de l'excommunié et de l'Etat – qui amena la cour d'appel du neuvième circuit à considérer qu'« imposer une responsabilité pour cause d'évitement à l'Eglise ou à ses membres aurait, à long terme, pour effet de forcer l'Eglise à abandonner une partie de ses enseignements religieux »²² et que la tolérance sociétale du genre de dommages soufferts par Janice Paul est « le prix à payer pour la sauvegarde des différences religieuses dont tous les citoyens bénéficient »²³. De façon analogue, la Cour suprême des Etats-Unis souligna dans une autre affaire que « cela mènerait à la subversion totale des entités religieuses si n'importe quelle personne lésée par une de leurs décisions pouvait en appeler aux juridictions séculières et les renverser »^{24 25}.

B. La liberté de religion en berne ou la levée de l'immunité de l'excommunication ?

Relativement à cette seconde tendance, l'affaire la plus significative fut sans conteste la très critiquée décision « Bear v. Reformed Mennonite Church ». La Cour suprême de Pennsylvanie y a effectivement établi que « la pratique de l'évitement de l'Eglise (...) et la conduite des individus peuvent constituer une immixtion excessive dans des sphères d'une importance primordiale pour l'Etat telles que le maintien du mariage et des relations familiales, l'aliénation affective et l'intrusion préjudiciable dans une relation commerciale, ... »^{26 27}. En l'espèce, un membre avait été excommunié de sa communauté pour avoir, comble de l'ironie, critiqué la pratique d'excommunication de son Eglise... Cette mise à l'écart ayant abouti, dans la pratique, à le séparer totalement de son épouse et de ses enfants²⁸, la Cour suprême de Pennsylvanie décida d'employer au cas lui étant soumis, le test dit « Sherbert »²⁹ qu'on appliquait,

21. Il me semble que si – *quod non* – la cour d'appel du neuvième circuit avait effectivement octroyé un tel permis illimité d'excommunier, le droit de changer de religion aurait été bafoué, solution dont une société démocratique ne saurait se satisfaire (voy. : M.J. BROUYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 229). Les motifs de l'arrêt de la cour tendent à démontrer qu'en dépit des propos tenus par une certaine doctrine, ce permis d'excommunier a été octroyé au vu des circonstances propres à l'espèce. Or, cet examen d'espèce semble bien, nous le verrons, être le moyen le plus efficace d'aborder cette question.

22. Imposer une responsabilité pour cause d'excommunication – sans pour autant criminaliser celle-ci – aurait le même effet, à long terme, que de l'interdire puisque l'Eglise serait contrainte de choisir entre abandonner cette pratique ou risquer de payer des dommages et intérêts substantiels à chaque excommunication. C.HESBECK, " 1987 Survey of Trends and Developments on Religious Liberty in the Courts ", *Journal of Law and Religion*, 1988, vol.6, n°.1, p. 165 et 166.

23. Paul v. Watchtower Bible & Tract Society of New York, 819 F.2d at 881, 883 (9th Cir. 1987) (traduction libre).

24. Watson v. Jones, 80 U.S. (13 Wall.) 679, 729 ; 20 L.Ed. 666, 676-677 (traduction libre).

25. Notons que la Cour suprême des Etats-Unis estima également qu'« il est de l'essence même de la foi que les décisions ecclésiastiques soient considérées comme des éléments de foi » et que les cours séculaires étaient liées par les décisions des cours ecclésiastiques (Serbian Eastern Orthodox Diocese For the United States of America and Canada et al. v. Milivojevic et al., 426 U.S. at 714, 725; 96 S.Ct. at 2383, 2387-2388 (traduction libre), relativement à la révocation d'un prêtre ayant refusé les nouveaux arrangements relatifs à l'organisation administrative du culte). Voy. également, relativement aux dangers d'une implication de l'Etat dans les controverses religieuses : Presbyterian Church v. Hull Church, 393 U.S. 440, 449 ; 89 S.Ct. 601, 606 ; 21 L.Ed.2d 658 (1969).

26. Bear v. Reformed Mennonite Church, 341 A.2d 105 (Penn. 1975) (traduction libre).

27. Dans la même veine, il est intéressant de noter que la Cour suprême canadienne eut, quant à elle, recours à la notion de « justice naturelle » pour remettre en cause certains aspects d'une excommunication (Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer, 97 D.L.R. 4th 17 ; 36 A.C.W.S. (3d) 512 (1992)) ; une telle démarche semble aller trop loin en ce sens que, premièrement, cette notion peut fort bien être étrangère au système religieux considéré et que, deuxièmement, les questions internes à la religion devraient demeurer hors de portée des cours séculières. Pour plus de détails, voy. : M.J. BROUYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 223 et suivantes.

28. F. RIGAUX, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 540, n° 480.

29. Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

depuis 1963, aux cas d'atteinte à la liberté de religion³⁰. Ce test de proportionnalité visait principalement à établir une balance d'intérêts entre une liberté individuelle et un intérêt étatique supérieur. En cas d'atteinte à cet intérêt étatique supérieur, la liberté individuelle pouvait alors être limitée. Puisque cette excommunication avait, dans ce cas précis, des conséquences exponentielles sur les liens familiaux – pourtant constitutionnellement protégés –, les clauses religieuses du Premier amendement furent restreintes³¹.

Deux remarques doivent toutefois être apportées à cette jurisprudence. Premièrement, si ce test de proportionnalité peut s'avérer fort utile lorsqu'il s'agit de concilier l'intérêt étatique à un intérêt individuel unique, il perd une grande partie de son intérêt lorsqu'on tente de l'appliquer aux cas contestés d'excommunication. En effet, cette balance d'intérêts est rendue fort compliquée par le fait que *trois* intérêts, éventuellement concurrents, se mesurent : l'intérêt de l'excommunié, l'intérêt du mouvement excommuniant et l'intérêt étatique³². Deuxièmement, cette jurisprudence « Bear » a, selon une partie de la doctrine américaine³³, pour principale caractéristique que n'importe quelle excommunication serait susceptible de tomber sous le coup d'une responsabilité, pour autant que l'excommunié puisse prouver un dommage ayant résulté de son expulsion. Une telle interprétation serait évidemment contestable du point de vue de la liberté d'association des communautés religieuses puisque cela reviendrait à nier le droit à la non-association dont disposent ces communautés.

Toutefois, il m'apparaît que cette jurisprudence « Bear » n'est, en pratique, pas si éloignée de la jurisprudence « Paul » que ne le considère la doctrine américaine³⁴. En effet, l'arrêt « Bear » vise simplement à souligner que les groupes religieux ne disposent pas d'une immunité quant au fait d'excommunier. Au contraire, d'après cet arrêt, chaque cas devrait être analysé individuellement en fonction du « test de proportionnalité Sherbert ». Dès lors, ces arrêts – aussi opposés qu'ils puissent paraître – partent, me semble-t-il, tous deux du postulat que ce sont les faits de l'espèce qui rendront une excommunication licite ou illicite ; seuls les faits sensiblement différents de ces deux cas menèrent ces deux cours à des solutions opposées.

C. Des solutions intermédiaires

A côté de ces deux arrêts emblématiques, différentes décisions viennent apporter certains éléments qui seront utiles à notre réflexion.

Premièrement, s'il est unanimement admis que les décisions ecclésiastiques portant sur des questions religieuses ne peuvent, en principe, pas être mises en cause par des juridictions séculières, la question s'est, par contre, posée de savoir quel traitement accorder aux décisions ecclésiastiques ayant des répercussions sur des droits civils. A

30. Par souci de précision, notons que ce test de proportionnalité *ad hoc* céda le pas, en 1990, à la jurisprudence *Employment Division v. Smith* (494 U.S. 872 (1990)) d'après laquelle le droit à la liberté de religion ne dispensait pas un individu de l'application d'une loi générale à la fois valide et neutre. A cette jurisprudence « périlleuse » succéda, plus récemment, le « *Religious Freedom Restoration Act* » (Pub. L. No. 103-141, Stat. 1488 (1993)) qui visait à rétablir la situation d'avant 1990 en ne permettant la réduction de la liberté de religion d'un individu que dans le cas où un intérêt étatique irrésistible est présent et où l'atteinte à la liberté est le moyen le moins restrictif permettant de rencontrer cet intérêt étatique. Pour plus de précisions sur cette évolution, voy. : D.L. WIESEN, " Following the Lead of Defamation : A Definitional Balancing Approach to Religious Torts ", *The Yale Law Journal*, vol. 105, N°1 (Oct., 1995), p. 295 à 297.

31. Pour un cas sensiblement similaire, voy. : *Carrieri v. Bush*, 419 P. 2d 132, 137 (Wash. 1966) relativement à une demande de divorce introduite par un adepte à l'instigation de son pasteur contre son conjoint qui avait quitté le mouvement religieux contesté.

32. J.K. MILLER, *op. cit.*, 137 *Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 279 et suivantes.

33. Voy. notamment : M.J. BROYDE, *op. cit.*, in : X., « *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives* », La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 222 et 229.

34. M.J. BROYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p.229 ; N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 385 à 388.

cet égard également, les juridictions américaines sont loin d'être unanimes. Là où certaines estimèrent avoir juridiction sur les questions civiles même si elles découlaient de controverses ecclésiastiques³⁵, d'autres considèrent qu'elles avaient à accepter les décisions ecclésiastiques comme les liant et ce, bien qu'elles affectaient des droits civils³⁶. Il faut reconnaître que ces deux prises de position sont, l'une comme l'autre, susceptibles de poser problème. La première pose tout d'abord de solides questions du point de vue de la laïcité. Effectivement, il est parfois délicat de distinguer clairement entre effets civils et effets religieux d'une décision ecclésiastique. A titre exemplatif, la cour d'appel de Liège, dans un cas relatif à une excommunication, estima que la non-fréquentation d'un excommunié par les membres d'un groupement religieux ne pouvait pas être considérée comme « une « croyance » ou une « modalité d'expression » de celle-ci et ce, alors même que la communauté religieuse s'en défendait visiblement³⁷. Il m'apparaît pourtant évident que, d'une part, l'excommunication est une mesure religieuse en soi³⁸ et que, d'autre part, l'Etat est mal placé pour juger du caractère religieux ou non d'une telle mesure sans outrepasser son devoir de neutralité³⁹. Ensuite, il est notoire que toute décision ecclésiastique est susceptible d'avoir des répercussions civiles. Dès lors que les juridictions séculières viendraient à y voir une possibilité pour remettre en cause les décisions ecclésiastiques, le pouvoir de ces dernières risquerait fort de se réduire à peu de chagrin^{40 41}. La seconde est potentiellement problématique en ce qu'elle octroierait aux communautés religieuses le bénéfice de la liberté de religion pour chacune de ses actions, quand bien même celles-ci n'auraient pas été guidées par des considérations religieuses. Comme nous le verrons, la solution à cette double problématique réside bien souvent dans l'analyse du motif de l'action de la communauté religieuse.

35. Voy. *Lide v. Miller*, 573 S.W.2d 614 (Tex. Civ. App. 1978) ; *Regent v. Chief Rabbi of the United Hebrew Congregations of Great Britain and the Commonwealth (Ex Parte Wachmann)* [1993] 2 All ER 249 (QB). Saisie d'une question relative au retrait d'une fonction ecclésiastique à un chef religieux juif pour « inconduite sexuelle », la « Queen's Bench » britannique estima que de telles questions – au même titre que des questions relatives à une exclusion d'un individu d'un groupe religieux particulier – n'avaient pas à être remises en cause par des juridictions extérieures à ce culte. Cette juridiction estima néanmoins qu'il en eut été autrement si ce retrait avait eut des implications financières ou civiles.

36. *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 99 S.Ct. 3020, 61 L.Ed.2d 775 (1979) ; *Gonzalez v. Roman Catholic Archbishop of Manila*, 280 U.S. 1, 50 S.Ct. 5, 74 L.Ed. 131 (1929). Notons que si cette décision accompagnait cette acceptation des décisions ecclésiastiques de la condition d'absence de fraude, de collusion et d'arbitraire de la part des tribunaux ecclésiastiques, cette exception ne fut jamais totalement acceptée par la Cour suprême (*Serbian Eastern Orthodox Diocese For the United States of America and Canada et al. v. Milivojevic et al.*, 426 U.S. at 713; 96 S.Ct. at 2382 ; 49 L.Ed.2d at 165 ; *Abrams v. Watchtower Bible and Tract Society of New York*, 715 N.E.2d 803).

37. Liège, 6 février 2006, cette revue, 2006, p. 662. Les mouvements religieux me semblent, en effet, être les plus à même de donner leur point de vue sur leur propre doctrine ainsi que sur le caractère religieux ou non de leurs mesures (voy. à cet égard : Z. CHAFEE, " The Internal Affairs of Associations Not For Profit ", *43 Harv. L. Rev.* 993, 1930, p.1024). Comme cela fut habilement rappelé, « chaque ordre juridique, si pas chaque organe, possède une définition normative différente du religieux » (L.-L. CHRISTIANS, " L'article 16, alinéa premier, de la Constitution : examen critique de la jurisprudence relative aux conditions d'efficacité dans l'ordre juridique belge des décisions religieuses de révocation des ministres du culte (1831-1989) ", *A.P.T.*, 1990, p.217). Le contrôle étatique se devrait, dès lors, d'être le plus circonspect possible à cet égard.

38. Voy. notamment : A.Y. COLLINS, " The Function of ' Excommunication ' in Paul ", *The Harvard Theological Review*, 1980, vol.73, n° 1/2, Dedicated to the Centennial of the Society of Biblical Literature, p. 251-263. La cour d'appel du neuvième circuit a également reconnu que l'excommunication semblait relever du christianisme primitif et qu'elle était pratiquée par divers groupes religieux (*Paul v. Watchtower Bible & Tract Society of New York*, 819 F.2d 877 (9th Cir. 1987)).

39. Cette partie de l'arrêt de la cour d'appel de Liège est d'autant plus contradictoire qu'elle cite, dans le même alinéa, la jurisprudence strasbourgeoise excluant pourtant « l'appréciation de l'Etat quant à la légitimité des croyances religieuses ou aux modalités d'expression de celles-ci » (Cour eur. D.H., arrêt Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c./ Moldova du 13 décembre 2001, paragraphe 117) tout en excluant son application sans autre forme de procès.

40. C'est probablement pour cette raison que la Cour suprême des Etats-Unis estima que les cours civiles pouvaient interpréter des documents religieux impliquant des matières non doctrinales pour autant seulement que l'analyse puisse être faite en des termes purement séculiers et qu'aucune considération de doctrine religieuse n'y soit impliquée (*Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595, 99 S.Ct. 3020, 61 L.Ed.2d 775 (1979)).

41. Voy., dans le même sens, relativement à la jurisprudence indienne : J. DUNCAN M.DERRETT, *op. cit.*, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, n° 2, 1963, p.697 (et références citées).

Deuxièmement, dans l'affaire *Guinn c./ Church of Christ, Marian* « Guinn [réalisant] que les Anciens avaient l'intention de la dénoncer publiquement pour fornication (...) décida de quitter l'Eglise pour éviter cette dénonciation. Les Anciens, cependant, (...) procédèrent à l'« excommunication » de Guinn en annonçant publiquement ses pêchés et en lisant les passages bibliques qu'elle avait violés »⁴². En cette affaire, la Cour suprême de l'Oklahoma considéra que la protection offerte par le Premier Amendement n'avait plus à s'appliquer quand le membre s'était retiré de la communauté religieuse. S'il me semble exact qu'excommunier des individus sans *aucun* lien avec l'association considérée constitue une forme de xénophobie répréhensible⁴³, les propos de la Cour suprême de l'Oklahoma m'apparaissent aller trop loin. En effet, empêcher toute excommunication dès lors que le membre est sorti de la communauté religieuse priverait quasiment tout le temps ces communautés du droit à l'excommunication : il suffirait effectivement à un adepte de donner sa « démission » dès que celui-ci sentirait approcher son excommunication – et les conséquences en résultant – pour l'éviter⁴⁴. Si cette mesure paraît s'accorder utilement avec le droit à la non-association⁴⁵, elle ne prend pas du tout en compte la liberté de religion du mouvement excommuniant⁴⁶, pour qui l'excommunication est le plus souvent considérée comme une mesure religieuse⁴⁷.

2. Les essais de solution doctrinale

Face à la disparité de la jurisprudence américaine, certains auteurs tentèrent d'établir une théorie permettant d'analyser de façon uniforme les cas d'excommunication.

A. La théorie contractuelle

La théorie la plus fréquemment rencontrée vise à respecter les choix doctrinaux du mouvement religieux considéré, tout en tenant compte de la volonté exprimée ou supposée de la personne excommuniée, cette dernière étant censée assumer le risque d'une excommunication au moment où elle rejoint le groupe⁴⁸. Néanmoins, les auteurs reconnaissent généralement les limites de cette théorie tant pour le groupe excommuniant que pour l'individu excommunié.

D'une part, il est effectivement douteux d'aborder une relation religieuse sous un angle trop contractuel, alors que le but même de l'engagement religieux vise souvent à se retirer – du moins partiellement – du monde séculier. De plus, même si cela

42. *Guinn v. Church of Christ*, 775 P.2d 766 (Okla. 1989) (traduction libre).

43. J.D. SULLIVAN, "Advancing the Freedom of Religion or Belief through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination", *Amer.J. Int'l L.*, 1988, p. 517-518. Pour un aperçu des mesures d'excommunication existant contre les Juifs pendant la partie du Moyen Age – alors même qu'ils n'avaient jamais fait le choix d'entrer dans la « communion catholique » –, voy. : W.C. JORDAN, "Christian Excommunication of the Jews in the Middle Ages: A Restatement of the Issues", *Jewish History*, 1986, vol.1, n° 1, p. 31 et suivantes et spéc. p.32.

44. N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p.390. L'auteur va d'ailleurs jusqu'à considérer que priver les groupes religieux de l'excommunication pour cause de « mauvaise conduite » pourrait potentiellement contribuer à la destruction d'un nombre significatif de communautés religieuses minoritaires. Voy. également dans ce sens : L.CAO, "Looking at Communities and Markets", 74 *Notre Dame L. Rev.*, 1999, p. 914.

45. Dans une telle hypothèse, le mouvement n'est effectivement pas contraint de s'associer avec le membre qu'il désiret excommunier puisque celui-ci s'est retiré volontairement.

46. M.J. BROYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 220 et 221.

47. Ce raisonnement ne prend pas non plus en compte que : premièrement, l'individu qui s'est retiré a peut-être été membre de la communauté religieuse pendant des années et qu'il est probablement toujours considéré comme tel par les personnes extérieures à la communauté et, deuxièmement, qu'il est peut-être toujours en relation sociale avec les membres actuels de la communauté. Or, deux des objectifs principaux de l'excommunication sont souvent, premièrement, de sauvegarder la bonne réputation de la communauté en faisant savoir *publiquement* que tel « individu qui n'a pas respecté son credo religieux » n'en fait plus partie et, deuxièmement, d'éviter la « contagion spirituelle » d'idées entrant en opposition avec la doctrine religieuse de la communauté.

48. D.L. WIESEN (*op. cit.*, *The Yale Law Journal*, vol. 105, n°1 (oct., 1995), p. 314-315) parle, quant à lui, d'une présomption d'acceptation de la conduite du groupe religieux qui découlerait de l'appartenance à ce groupe.

relève quelque peu du cas d'école, le contrat par lequel un individu limiterait ses droits fondamentaux – dont celui à changer de religion⁴⁹ – pour le reste de son existence serait susceptible d'être invalidé. Enfin, il faut reconnaître que le droit, de façon générale, s'accommode difficilement des engagements religieux à vie⁵⁰.

D'autre part, l'acceptation de cette théorie aurait pour effet collatéral que les juridictions en viendraient, à terme, à connaître des modalités et du respect desdits contrats, conséquence que la laïcité étatique ne saurait admettre⁵¹. De plus, l'acceptation de cette théorie aurait pour seconde conséquence d'empêcher les évolutions doctrinales de la religion considérée étant donné que cela équivaldrait à une rupture contractuelle unilatérale.

En conséquence, il apparaît plus raisonnable de ne pas apporter une place centrale à cette théorie contractuelle mais plutôt de considérer l'acceptation comme un simple élément indicatif parmi d'autres permettant de juger du caractère raisonnable ou non de l'excommunication⁵².

Un autre élément intéressant de cette doctrine consiste à prendre en considération l'existence ou non d'une « porte de sortie ». Autrement dit, le mouvement excommunié permet-il à ses membres de se retirer volontairement ? Si oui, il sera plus aisé de considérer que le droit de changer de religion a été respecté par le mouvement que le cas contraire. Une autre approche consiste à considérer que seuls les membres qui ne se sont pas retirés volontairement acceptent les conséquences de l'excommunication⁵³, les autres ne pouvant se voir infliger une quelconque excommunication. Toutefois, cette vision ne prend malheureusement pas en compte la liberté des individus demeurant attachés à la communauté qui pourraient légitimement refuser de côtoyer leur ancien coreligionnaire pour des motifs religieux qui leur sont propres. Ensuite, comme cela fut soutenu ci-dessus, rendre l'excommunication inefficace en cas de retrait reviendrait à ôter tout pouvoir aux juridictions ecclésiastiques puisqu'il suffirait de donner sa démission pour éviter leurs décisions⁵⁴, voie dans laquelle il serait malaisé de s'engager. Enfin, il convient de prendre en compte le fait que l'excommunication – au-delà de la simple annonce qui en est faite – a souvent des objectifs religieux pour le mouvement, objectifs qui répondent à des besoins impérieux liés à l'ordre religieux interne et qui sont susceptibles d'être couverts par la liberté de religion⁵⁵.

49. Il convient de noter que l'excommunication n'emporte pas *ipso facto* la violation de ce droit à changer de religion. Ce ne sera que dans des circonstances extrêmes et précises (voy. *infra*) que celui-ci sera bafoué.

50. Ainsi, MICHEL WESTRADE souligna que « la jurisprudence [belge] a [toujours] été classiquement opposée à toute forme contractuelle de relation religieuse » (M. WESTRADE, " La Constitution inapplicable en référé ? Le cas de la séparation des Eglises et de l'Etat ", cette revue, 1998, p.683, obs. sous Liège, 4 novembre 1997). Voy. dans le même sens : R. TORFS, " Le droit disciplinaire dans les Eglises ", *R.T.D.H.*, 1995, p. 263, et références citées ; H. WAGNON, " La condition juridique de l'Eglise catholique en Belgique ", *L'année catholique*, 1965, p. 196-197.

51. Dans le même sens, voy. : P.T. HAYDEN, *op. cit.*, 34 *Wm. & Mary L. Rev.*, 1993, p.652.

52. C. WEISBROD, " Emblems of Federalism ", 25 *U.Mich.J.L.Ref.*, 1992, p. 830 et suivantes ; d'autres auteurs distinguèrent l'entrée volontaire d'un individu dans le mouvement religieux – qui plus est avec la connaissance que son comportement pouvait engendrer une excommunication – du cas où l'intéressé y était entré « en raison de la naissance », par la simple affiliation de ses parents à ce mouvement (N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 402 (traduction libre)).

53. M.J. BROUDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 231 et 232 ; N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p.402.

54. Un auteur relate également les changements de procédure intervenus en 1989 au sein de l'Eglise des Saints des derniers jours relativement aux cas de retrait volontaires. Dès cette date, la demande de retrait devait être traitée administrativement par son envoi aux bureaux officiels de l'Eglise plutôt que par la constitution d'un conseil de discipline. Cette procédure administrative – et c'est là le point qui nous intéresse – ne peut toutefois pas être utilisée dans l'éventualité où les chefs religieux avaient déjà pour projet de mettre en œuvre une action disciplinaire (K. AUGUSTINE-ADAMS, *op. cit.*, *Journal of Law and Religion*, vol. 13, n° 2 (1998-1999), p. 601). En d'autres termes : pas question d'utiliser le retrait pour éviter *a posteriori* les conséquences religieuses de ses actions ...

55. Voy. la note 47 reprise *supra*.

B. Application du « *religious tort* » à l'excommunication

Le second « *Restatement of Tort* » américain définit le « *Tort* » comme se composant de trois éléments majeurs pouvant engendrer une mise en cause de responsabilité : premièrement, une conduite extrême et indigne ; deuxièmement, une grave détresse émotionnelle en ayant découlé et, troisièmement, un élément intentionnel ou d'insouciance⁵⁶. S'il est évident que l'infliction intentionnelle d'une détresse émotionnelle dans le cadre d'une excommunication est susceptible de se voir appliquer ce type de responsabilité, il fut néanmoins souligné que les cours ont tendance à appliquer – à tort – l'élément intentionnel à la conduite plutôt qu'à sa conséquence. Exprimé autrement, les juridictions examinent s'il y a eu intention de se conduire de façon extrême et indigne et non s'il y a eu intention de provoquer une grave détresse émotionnelle⁵⁷. Or, si la conduite à l'origine de la détresse est guidée par des motifs religieux – comme ce sera le cas dans le cadre d'une excommunication –, il y a de fortes chances pour que cette conduite soit toujours intentionnelle ! Cette application du « *religious tort* » aboutit donc à une forme de non-sens ! Il fut donc prôné à raison que la prise en compte de l'intention de provoquer une grave détresse émotionnelle était un élément plus pertinent pour apprécier une responsabilité, sans quoi le « *tort law* » deviendrait une façon de « maltraiter » les vues impopulaires⁵⁸ et empêcherait toute sanction disciplinaire dès lors qu'elle serait assortie d'une quelconque « douleur ». Cette prise en compte de l'intention de nuire est un élément qu'il conviendra de reprendre plus en détail ultérieurement, aux fins d'apprécier le sort à accorder à l'excommunication⁵⁹.

C. Assumer sa propre liberté ou la difficulté d'effectuer des choix

Sans pour autant entrer dans une quelconque forme de « théorie contractuelle », certains auteurs prennent en considération le fait que la personne excommuniée – voire les adeptes dans certains cas – ait ou non accepté de se plier aux mesures d'excommunication pour en tirer diverses conclusions. Ainsi, MICHAEL J. BROYDE⁶⁰ relate le cas d'une excommunication qui fut imposée par la Cour suprême rabbinique en Israël en vue de persuader un croyant d'octroyer un divorce à sa femme – voie qu'il n'avait pas désiré suivre jusque là –, en conformité avec la loi et la morale juive. Poussé par la pression communautaire, ledit mari finit par octroyer « volontairement » le divorce à cette dernière et ce, en vue de pouvoir réintégrer la communauté religieuse d'Israël⁶¹. Autrement dit, c'est poussé par la pression de l'excommunication que cet homme s'est finalement résigné à agir en conformité avec la volonté du groupe social

56. *Restatement (Second) of Torts*, paragraphe 46 (1965).

57. D. GIVELBER, " The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness : Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct ", 82 *Colum. L. Rev.*, 1982, p. 46.

58. D.L.WIESEN, *op. cit.*, *The Yale Law Journal*, vol. 105, n° 1 (Oct., 1995), p. 294-295.

59. Au vu des incertitudes de la jurisprudence américaine en matière de responsabilité religieuse, les groupes religieux pourraient être tentés d'autolimiter leurs activités alors même que celles-ci n'auraient pas forcément été censurées juridiquement. Vu ces risques de « *chilling effect* » (expression qu'on pourrait tenter de traduire par effet d'« autolimitation » ou d'« autocensure ») limitant indûment les libertés fondamentales, DARYL L. WIESEN proposa, en guise de critère de différenciation permettant aux mouvements religieux de prédire les conséquences de leurs actions, d'observer si la conduite fut motivée par la volonté d'aider – dans la conception spirituelle du groupement – le requérant, en l'espèce l'excommunié, ou si, au contraire, elle fut guidée par l'hostilité à son encontre ? L'auteur souligna, à juste titre, qu'il existait un moins grand intérêt étatique à protéger une conduite religieuse lorsque celle-ci est guidée par la malice (D.L.WIESEN, *op. cit.*, *The Yale Law Journal*, vol. 105, n° 1 (Oct., 1995), p. 305-324 et spéc. p.312).

60. M.J. BROYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 206-208.

61. Pour un exemple de ce genre de pressions effectuées hors Israël, voy. notamment : *Grunwald v. Bomfreund*, 696 F.Supp. 838 (E.D.N.Y. 1988).

dont il émanait. On pourrait donc légitimement se demander dans quelle mesure un choix véritable a été octroyé à cet homme puisqu'il avait, en réalité, à choisir entre deux situations dommageables : d'une part, se résigner à octroyer le divorce à sa femme – obligation religieuse à laquelle il rechignait visiblement – ou, d'autre part, subir une excommunication et le rejet communautaire en découlant⁶². Il n'empêche qu'il a néanmoins fini par choisir et qu'il serait malaisé de vouloir ultérieurement remettre ce choix en question. Par ailleurs, l'auteur estime que cette soumission « librement consentie » est le signe que la personne a le désir d'appartenir à la communauté considérée, sans quoi la sanction n'aurait pas eu d'effet.

Cette remarque pose la question plus délicate de ce qui pourrait advenir dans l'éventualité où une personne excommuniée souhaiterait pouvoir appartenir à la communauté sociale d'un groupement religieux sans vouloir pour autant appartenir à la communauté religieuse au sens strict, autrement dit, sans avoir à en respecter le credo religieux. Ce pourrait être le cas d'une personne qui accepterait son excommunication d'un point de vue religieux – ne voulant plus rien avoir à faire avec son ancienne religion – tout en en rejetant absolument toute conséquence profane collatérale, comme cela semble avoir été le cas dans le cas qui s'est présenté devant la Cour de cassation belge. Il apparaît que donner du crédit à une telle attitude reviendrait, en réalité, à laisser l'individu excommunié s'ingérer dans la liberté de religion d'autrui. En effet, en contraignant le groupe religieux qui l'a pourtant rejeté à le laisser mener une vie sociale en son sein, l'individu excommunié en viendrait finalement à fixer lui-même la limite entre la vie sociale et la vie religieuse des membres de ce groupe. Or, il s'agit d'une mesure éminemment personnelle, par ailleurs protégée par la liberté de religion de ces derniers⁶³. Ce n'est qu'à partir du moment où un individu serait excommunié d'une religion extrêmement majoritaire dont les préceptes seraient fermement suivis par les adeptes que l'excommunication religieuse risquerait de se transformer en excommunication sociale. Ce n'est qu'à ce moment que la personne excommuniée pourrait se retrouver sans choix véritable. Plus le culte excommunié sera minoritaire et peu suivi par ses adeptes, plus la « resocialisation » sera aisée. Dès lors, comme cela fut souligné, la mesure qui ordonne l'excommunication ne fait que « forcer les gens à choisir dans quelle communauté ils désirent résider »⁶⁴. La seule contrainte pour la personne excommuniée est celle du choix⁶⁵ ! Et force est de constater qu'une société pluriculturelle comme la nôtre est de nature à faciliter ce choix ...

JUSTIN K. MILLER prend, quant à lui, en considération le fait que ce soient les adeptes qui prennent la décision de ne plus avoir de contact avec la personne excommuniée, tout en estimant que ces adeptes ont eux-mêmes été influencés par la menace de l'exclusion⁶⁶. Il n'empêche qu'ici encore, la seule contrainte qui existe pour ces adeptes consiste à les obliger à choisir. Leur liberté de religion est effectivement garantie par la possibilité qu'ils ont de quitter le culte dont, par hypothèse, ils n'accepteraient pas les mesures d'excommunication. Au surplus, il pourrait difficilement être reproché à un mouvement religieux d'user de sa liberté doctrinale aux fins de cautionner

62. Ladite mesure visait notamment à empêcher toute personne [de confession juive]: de lui parler, de l'accueillir dans sa maison, de le nourrir ou de le visiter quand il est malade.

63. En effet, un individu demeuré fidèle à la confession d'origine pourrait légitimement estimer – du point de vue de la liberté de religion – qu'il ne peut, conformément à sa foi, pas entretenir le moindre rapport avec la personne excommuniée, laissant par là même sa vie religieuse englober complètement sa vie sociale.

64. M.J. BROUDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 233.

65. Ce libre choix de changement philosophico-religieux n'empêche néanmoins pas que la personne excommuniée ait à assumer les conséquences de la rupture unilatérale de ses engagements moraux, spirituels et religieux vis-à-vis des individus envers lesquels elle s'était engagée.

66. J.K. MILLER, *op. cit.*, 137 *Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 292-293.

l'excommunication, alors même que les adeptes de ce culte conservent leur droit de sortie en cas de désaccord avec ladite doctrine. Soutenir l'opposé reviendrait à imposer la liberté de religion au sein même des Eglises⁶⁷.

Le fait d'« assumer » sa liberté me semble être un concept fondamental. Assumer ses choix – pour autant qu'ils soient librement consentis – m'apparaît d'autant plus primordial que, dans le cadre d'une excommunication, faire primer la demande de la personne excommuniée aboutirait en réalité à restreindre la liberté de toutes les parties en cause : celle du mouvement religieux excommunié, celle des adeptes le composant mais aussi celle de l'individu excommunié puisqu'il s'agirait de renier rétroactivement le choix qu'il a effectué de s'engager religieusement auprès d'un groupe pratiquant l'excommunication⁶⁸. A l'opposé, une solution respectueuse de la liberté religieuse d'excommunier – du mouvement et de ses adeptes – demeurera toujours respectueuse de la liberté de changer de religion de la personne excommuniée.

D. Prise en compte du but de l'excommunication

Un autre élément phare dans l'appréciation des mesures d'excommunication consiste à prendre en considération le but de ces mesures. Bien qu'il soit impossible de dresser une liste exhaustive des raisons pouvant pousser une dénomination religieuse à pratiquer l'excommunication, il sera utile d'avoir à l'esprit quelques-unes des principales raisons répertoriées à cet égard⁶⁹. C'est ainsi que furent notamment considérées comme constituant la base de l'excommunication – cumulativement ou isolément –⁷⁰ : l'idéal de pureté du mouvement, la nécessité pour un groupe d'avoir une certaine orthodoxie, de conserver une certaine dignité, de pouvoir différencier membres et non-membres, la volonté d'éviter de perdre des membres, de séparer les ouailles des influences dissidentes, de décourager de futures violations tout en encourageant l'Eglise à la réflexion, l'objectif d'encourager, voire de forcer l'excommunié à revenir ou enfin, de le punir, éventuellement dans un but abusif et autre que religieux⁷¹.

Divers auteurs ont ainsi tenté de prendre en compte l'objectif de la mesure d'excommunication aux fins d'apprécier si le Premier Amendement devait ou non bénéficier aux mouvements religieux la pratiquant. Certains suggérèrent d'ailleurs de distinguer l'excommunication motivée par la volonté d'« aider spirituellement » l'excommunié de l'excommunication guidée par l'hostilité et le ressentiment à son encontre, seul la première devant bénéficier de l'immunité offerte par le Premier

67. Bien qu'il s'agisse de considérations n'étant pas l'objet de la présente étude, il convient tout de même de préciser que la jurisprudence strasbourgeoise a systématiquement considéré que les Eglises n'avaient pas l'obligation d'accorder la liberté religieuse en leur sein, cette liberté étant garantie par la faculté – des prêtres et fidèles – de quitter l'Eglise (voy. notamment : Comm. eur. D.H., décision X. c./ Danemark du 8 mars 1976 ; Comm. eur. D.H., décision Karlsson c./ Suède du 8 septembre 1988 ; Comm. eur. D.H., décision Williamson c./ Royaume-Uni du 17 mai 1995).

68. Il y a d'ailleurs fort à parier que l'adepte excommunié qui s'oppose maintenant à son excommunication se serait probablement opposé avec autant de vigueur à une action étatique qui l'aurait empêché, au moment de son « entrée en religion », d'entrer au sein d'un mouvement religieux qui pratique l'excommunication, voire, plus tard, de refuser tout contact avec une autre personne excommuniée ...

69. Il m'apparaît néanmoins évident que ce sont les communautés religieuses elles-mêmes qui sont les plus à même d'expliquer les raisons intrinsèques les ayant poussées à pratiquer leurs mesures d'excommunication.

70. Pour un aperçu de ces notions, voy. : Guinn v. Church of Christ, 775 P.2d 766 (Okla. 1989) ; Liège, 6 février 2006, cette revue, 2006, p. 663 ; K. AUGUSTINE-ADAMS, *op. cit.*, *Journal of Law and Religion*, vol. 13, n° 2 (1998-1999), p. 587 et suivantes, d'après qui, l'adversaire c'est le péché et non l'individu ... ; J. DUNCAN M. DERRETT, *op. cit.*, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, n° 2, 1963, p. 694 ; N. MERKIN, *op. cit.*, *34 Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p.383 ; J.K.MILLER, *op. cit.*, *137 Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 283-284 ; Pélerin Magazine, 25 mars 1994, p.76 (tel que cité par P. GONI, *Les témoins de Jéhovah : pratique cultuelle et loi du 9 décembre 1905*, Paris, L'Harmattan, p. 52).

71. Voy. : Bruxelles, 25 septembre 1998, cette revue, p. 1436 et suivantes, où, dans un cas relatif à une affaire de pédophilie, il est fait mention du cas d'un curé de paroisse ayant usé de son autorité morale en exprimant des « menaces d'ordre religieux » pour arriver à ses fins. Il est évident que, si cette mesure de discipline religieuse avait abouti, celle-ci aurait dû être considérée comme présentant un caractère abusif et non religieux.

Amendement⁷². D'autres précisèrent que, selon eux, le Premier Amendement ne devrait pas protéger une excommunication qui viserait à punir l'« infidèle » ou à le convaincre de revenir⁷³. D'autres enfin tentèrent de prendre en considération la mesure dans laquelle les objectifs du groupe religieux étaient compatibles avec ceux de l'Etat, cette compatibilité étant considérée comme un critère de nature à faciliter l'octroi du bénéfice du Premier Amendement⁷⁴. Ce que la jurisprudence américaine semble, quant à elle, condamner, c'est effectivement l'intention méchante de l'excommunication – ainsi que son incidence abusive⁷⁵ sur la vie de l'ex-membre –⁷⁶.

Pour ma part, il me paraît impossible de dresser arbitrairement une liste de ce qui devrait ou non être protégé par la liberté de religion. C'est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'apprécier l'objectif qui a sous-tendu une mesure d'excommunication. Néanmoins, ce n'est pas pour autant qu'il faille rejeter massivement la prise en compte du but de cette mesure. Sans prétendre ériger une théorie fixe et définitive en la matière, il me semblerait adéquat d'établir quelques distinctions entre les divers effets entraînés par une mesure d'excommunication – décidée par le mouvement religieux et mise en application par ses adeptes –. Une telle différenciation permettrait d'apprécier dans quelle proportion la liberté de religion entourant les effets de la mesure devrait, ou non, céder le pas face aux droits et libertés de la personne excommuniée. De prime abord, il m'apparaît évident que l'excommunication en elle-même doit être entièrement couverte par la liberté de religion. Mais qu'en est-il des effets qui peuvent parfois, dans la pratique, en résulter ? Il a parfois été fait mention de conséquences extrêmes résultant de cette mesure d'excommunication telles que : la perte de ses possessions matérielles, la perte de son emploi⁷⁷ ou la mise à l'écart de l'excommunié de ses enfants⁷⁸. Si les conséquences de l'excommunication sont à ce point extrêmes, elles pourraient alors – dans certaines circonstances particulières – constituer un obstacle à la liberté de changer de religion de la personne excommuniée⁷⁹. Si c'était le cas, il conviendrait alors d'effectuer une balance de proportionnalité entre, d'une part, l'atteinte à la liberté de changer de religion de la personne excommuniée et, d'autre part, la liberté religieuse d'excommunier appartenant à la fois aux adeptes et au mouvement les chapeautant.

72. D.L. WIESEN, *op. cit.*, *The Yale Law Journal*, vol. 105, n° 1 (Oct., 1995), p. 318.

73. M.J. BROYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 227.

74. C. WEISBROD, *op. cit.*, 25 *U.Mich.J.L.Ref.*, 1992, p. 830 et suivantes. Cette argumentation me paraît toutefois scabreuse au vu de la neutralité religieuse à laquelle un Etat se doit de souscrire dans une société démocratique.

75. Il est fait mention de conséquences effectivement radicales de certains types d'excommunication telles que : la perte de sa maison, de son emploi, de sa voiture et de sa famille !

76. C. BUXANT, S. CASALFIORE, L.-L. CHRISTIANS, V. SAROGLU, « *Mouvements religieux contestés. Psychologie, droit et politiques de précaution* », Gent, Academia Press, 2005, p.166-167.

77. C. Buxant, S. Casalfiore, L.-L. Christians, V. Saroglou, *op. cit.*, Gent, Academia Press, 2005, p. 166.

78. F. RIGAUX, *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p.540, n°480. Ces exemples doivent être distingués d'autres qui, bien que pouvant apparaître à l'excommunié comme tout aussi conséquents dans la pratique, ne sont jamais que l'expression de la volonté des individus membres du groupe religieux excommuniant (que ceux-ci aient ou non choisis de se laisser influencer par les préceptes de leur religion). A titre d'exemple, on pourrait citer : le refus de vendre ou d'acheter à une personne excommuniée de la communauté (M.J. BROYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 212, note 43 relativement au « *meidung* » pratiqué par les communautés Amish) ou le divorce demandé à l'encontre de la personne excommuniée par un conjoint demeurant dans le mouvement excommuniant (que ce soit à l'instigation du mouvement à la base l'excommunication ou non ; voy. : Carrieri v. Bush, 419 P.2d 132, 137 (Wash. 1966)). Il en va différemment des exemples initialement cités puisque, dans de tels cas, on voit mal comment une personne aurait un intérêt légitime, du point de vue du respect de ses droits fondamentaux, à faire perdre à une personne excommuniée son emploi ou ses enfants ...

79. Notez que dans certains Etats non démocratiques, l'« apostasie » est parfois assortie de la sanction capitale ! Voy., à cet égard et relativement à certains pays musulmans : A. AMOR, *op. cit.*, *Conscience et Liberté*, n° 57, 1998, p. 49-52 ; P. GREINER, " Liberté d'expression religieuse et mondialisation ", in : X., *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la mondialisation*, actes du colloque international organisé par le Centre de recherches Hannah Arendt les 16 & 17 mars 2006, Paris, Cujas, 2006, p.138.

Toutefois, il ne me semble pas pour autant adéquat de dresser une liste des conséquences acceptables ou inacceptables d'une décision d'excommunication. A mon estime, c'est dans le cadre d'une telle mise en balance de libertés contradictoires que le but initialement envisagé de la mesure peut jouer un rôle primordial dans l'appréciation du caractère équitable d'une mesure d'excommunication. Ainsi, il devrait être possible de différencier les effets religieux des effets civils d'une excommunication. Les effets religieux devraient évidemment être couverts par la liberté de religion (impossibilité pour l'excommunié de participer à la vie religieuse de la communauté⁸⁰, d'y recevoir des fonctions cultuelles, ...). Quant aux effets civils découlant d'une mesure d'excommunication, ils ne devraient – dans le cadre d'une mise en balance de libertés contradictoires – jouer en défaveur du mouvement excommunié et de ses adeptes que dans la stricte éventualité où ils seraient, en réalité, le but principalement poursuivi par la mesure d'excommunication (le titre « excommunication » n'étant, dans une telle hypothèse, qu'un artifice servant en réalité à dissimuler des fins n'ayant rien de religieux, telles des représailles en réponse au changement de religion)⁸¹. Par contre, les effets civils qui découlent nécessairement de façon collatérale de l'excommunication (diminution des contacts familiaux ou des relations sociales avec les individus issus de la même mouvance religieuse originaire, ...) ne devraient pas être de nature à diminuer les droits des personnes désirant pratiquer, en vertu de leur foi, une mesure d'excommunication. Pour ma part, il me paraît primordial d'examiner dans quelle mesure le mouvement excommunié – et ses adeptes – a eu l'intention réelle de nuire à l'excommunié, que ce soit en voulant le punir pour son changement idéologique ou en cherchant volontairement à l'empêcher de changer de foi. S'agit-il d'une volonté délibérée ou s'agit-il d'une simple conséquence ?

Il me faut toutefois reconnaître que cet essai de théorie n'est pas à l'abri de toute critique. Tout d'abord, chercher l'objectif d'une mesure d'excommunication nécessitera forcément une forme de « procès d'intention ». Or, une telle action risque rapidement de glisser vers une sorte de non-respect de la neutralité à laquelle est tenu l'Etat en matière religieuse⁸². Ensuite, ce qui pourrait apparaître à l'un comme une volonté délibérée de nuire, pourrait tout aussi bien apparaître à l'autre comme constituant une mesure strictement religieuse. Là aussi, il sera bien délicat d'effectuer un choix. Enfin, il conviendra d'être prudent dans l'application de la distinction préétablie. Etant donné toute mesure d'excommunication est susceptible d'avoir partiellement pour but une forme de punition⁸³ ou de faire revenir l'excommunié dans son giron^{84 85}, ce n'est que quand l'intention de nuire à l'excommunié aura principalement été à l'origine de la mesure d'excommunication que cette dernière devrait pouvoir être limitée. A défaut, cela reviendrait à priver les mesures d'excommunication de tout effet, conséquence dont la liberté de religion ne saurait se satisfaire.

80. Il est entendu qu'il appartient à chaque individu de déterminer lui-même, en vertu de sa liberté de religion, où se situe la limite entre sa vie religieuse et sa vie civile.

81. Puisque la limitation de la liberté religieuse se doit d'être, par nature, l'exception, il conviendrait de limiter ces cas à des hypothèses très strictes.

82. Voy. notamment à cet égard : Cour eur. D.H., arrêt Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c./ Moldova du 3 décembre 2001, paragraphes 115-119 ; Y. BEN ACHOUR, *La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté de religion*, Editions A. Pedone, 2005, p. 57-61.

83. Un mouvement religieux pourrait fort bien estimer que l'objectif de punition poursuivi par sa décision d'excommunication est en fait religieux puisqu'il s'agirait, dans sa conception et par hypothèse, d'une forme de « jugement dernier » avant l'heure ...

84. A titre d'exemple, notez qu'il fut soulevé avec pertinence que le baptême chrétien rend toute radiation des registres inconcevable, l'excommunication catholique étant considérée comme une sanction interne et non comme une exclusion de l'Eglise (C. BUXANT, S. CASALFIORE, L.-L. CHRISTIANS, V. SAROGLU, *op. cit.*, Gent, Academia Press, 2005, p.164). Une telle pratique pourrait dès lors être considérée comme une façon d'empêcher un changement d'idéologie.

85. Il convient de noter que cette volonté de conserver un maximum d'adeptes au sein de son Eglise doit, dans une certaine limite, être considérée comme un aspect légitime du culte, par ailleurs protégée par la liberté de religion. La Cour européenne a d'ailleurs consacré, dans son arrêt Kokkinakis, le droit au prosélytisme (Cour eur. D.H., arrêt Kokkinakis c./ Grèce du 25 mai 1993).

En conséquence, plutôt que de tenter de créer une théorie globalisante du but de la mesure d'excommunication, il me semblerait plus adéquat de simplement prendre en compte ce but parmi les divers éléments factuels qui permettront d'apprécier son bien-fondé.

E. La nécessité d'une approche circonstancielle : analyse des éléments factuels devant entrer en ligne de compte

Ce qui marque d'emblée à l'analyse de la jurisprudence existante en matière d'excommunication, c'est son caractère disparate. Toutefois, à y regarder de plus près, il semble que de nombreuses décisions opposées ont été guidées par les mêmes considérations et les mêmes principes. Bien souvent, ce sont effectivement les différences existant au niveau des faits propres à l'espèce qui ont donné lieu à des dispositifs opposés. Bien que cette étude ait traité de l'excommunication de façon globale et unitaire, il va de soi que cette notion recouvre, en fonction du groupe la pratiquant, une multitude de caractéristiques différentes dans la pratique sociale et religieuse. Dès lors, plutôt que d'essayer de regrouper ces différentes pratiques sous une seule dénomination pour en tirer une théorie univoque, il me semblerait plus propice de rechercher un ensemble d'éléments factuels pertinents qui seraient de nature à permettre au juge de prendre une décision éclairée et adaptée aux circonstances de l'espèce. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, j'ai donc désiré – sur la base de la doctrine et de la jurisprudence existantes – dresser une liste des éléments factuels les plus pertinents dans l'analyse juridique des cas d'excommunication.

Le mobile déterminant de la mesure

Tel que précisé ci-dessus, le but visé par la mesure d'excommunication est un des éléments essentiels de nature à permettre l'appréciation de son bien-fondé du point de vue de la liberté de religion. Il sera, dès lors, nécessaire d'examiner les questions suivantes dans la pratique : la mesure d'excommunication a-t-elle été prise avec l'intention méchante de nuire à l'excommunié ou à des fins purement religieuses ? Cette mesure a-t-elle été délibérément décidée aux fins de faire subir des effets exponentiels à l'excommunié ou les conséquences qu'il subit de cette mesure en sont-elles le corollaire inévitable ? Les suites de la mesure ressenties comme néfastes et importantes par l'excommunié sont-elles sans intérêt pour les libertés fondamentales du mouvement excommunié et de ses adeptes ou présentent-elles un intérêt pour le respect des droits de ces derniers ?

La capacité du plaignant à se « reconvertir » socialement ou l'importance du dommage subi

Bien que cela puisse parfois être délicat – dans la mesure où les groupes religieux ne devraient pas être tenus responsables d'éventuelles inaptitudes de leurs (ex)-adeptes ayant pourtant effectué leurs choix religieux volontairement –, certains ont estimé que le degré de vulnérabilité de l'excommunié ou sa capacité à se « reconvertir » socialement sont des éléments que le juge aura à prendre en compte pour apprécier le niveau de validité de la mesure d'excommunication. NICHOLAS MERKIN estime ainsi que la capacité personnelle de l'excommunié à changer de profession ou à se réintégrer socialement est de nature à diminuer le dommage subi par ce dernier⁸⁶. Dans la même veine, il fut souligné qu'il était nécessaire de prendre en compte l'âge de la personne visée par la mesure d'excommunication⁸⁷ : s'agit-il d'un adulte ou d'un enfant ?⁸⁸

86. N. MERKIN, *op.cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 401.

87. N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 401, et références citées.

88. Bien qu'il soit évident que l'âge est un critère de nature à augmenter le degré de vulnérabilité, le niveau de maturité me semble, à cet égard, constituer un critère moins arbitraire.

Le caractère minoritaire ou majoritaire du groupement excommuniant par rapport à l'ensemble de la population considérée

Un autre concept, directement lié à cette notion de faculté de réinsertion sociale, me semble plus approprié : celui de l'importance du groupement excommuniant par rapport à la population considérée. Il est évident que plus une société est pluriculturelle, plus il sera facile pour l'excommunié de se réinsérer au sein d'un nouveau groupe social⁸⁹. A l'opposé, si la société dans laquelle évolue l'excommunié est très majoritairement composée de membres du groupement excommuniant, l'excommunié risque d'avoir plus de mal à se réinsérer socialement. La mesure d'excommunication aura donc des conséquences très différentes selon que la religion la pratiquant est fortement majoritaire ou non⁹⁰. Au surplus, il faut souligner que l'excommunication sera plus facilement dommageable au sein des groupes religieux marginaux vivant en totale autarcie par rapport à la société^{91 92}.

La volonté éclairée de l'excommunié

Un autre élément important consiste à examiner la mesure dans laquelle l'excommunié a préalablement accepté, par son choix religieux, d'être soumis à une mesure d'excommunication. Etait-il membre du groupe par sa propre volonté ou par le simple effet de sa naissance ? Etait-il au courant des conséquences d'une excommunication ?⁹³

Le caractère religieux central et durable de la mesure

Il fut également allégué qu'il fallait accorder plus de poids à un groupement considérant l'excommunication comme un élément central de sa foi depuis une période de temps considérable⁹⁴. Si cet élément présente l'avantage de prendre en compte d'éventuels changements doctrinaux opportunistes, il faut rappeler que tout d'abord, les changements doctrinaux demeurent un droit pour chaque communauté religieuse, qu'ensuite, apprécié à l'extrême, cet élément deviendrait un privilège corporatiste des religions dites historiques et qu'enfin, il est délicat de laisser les juridictions étatiques proclamer ce qui est religieux et ce qui ne l'est pas.

Mesures économiques ou familiales majeures intervenant dans l'excommunication

Le fait que la mesure d'excommunication entraîne des conséquences graves sur la vie familiale ou économique de l'excommunié et que ces conséquences soient sans intérêt légitime du point de vue du respect des droits fondamentaux du groupe excommuniant et de ses adeptes fait partie des éléments permettant d'apprécier le caractère légal et équitable d'une mesure d'excommunication⁹⁵.

89. En effet, « dans notre société moderne, une personne qui est évitée peut simplement quitter la communauté et rejoindre une [autre] qui observe des principes religieux différents » (M.J. BROYDE, *op. cit.*, in : X., *Religious Human Rights in Global Perspective. Religious Perspectives*, La Haye, Martinus Nijhof, 1996, p. 210 (traduction libre)).

90. Voy. dans ce sens : N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 370 et 401.

91. Voy., relativement à la communauté Mennonite : *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 216 (1972) ; N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 373 ; J.K. MILLER, *op. cit.*, 137 *Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 295. Pour une illustration de cette notion au sein de la communauté religieuse des mormons à Utah – Etat où ladite communauté est majoritaire –, voy. : *Society of Separationists, Inc v. Whitehead*, 870 P.2d 916, 925 (Utah, 1993).

92. Il n'empêche que, même dans de tels cas, bien que rendue plus difficile, la reconversion sociale ou religieuse n'est pas pour autant impossible.

93. N. MERKIN, *op. cit.*, 34 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 2001, p. 372 et 402.

94. J.K. MILLER, *op. cit.*, 137 *Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 295-296. L'auteur estime que, le cas contraire, « les groupes religieux seraient libres d'adopter des sanctions *ad hoc* sans avoir égard aux circonstances de chaque cas et d'invoquer plus tard la protection de la [liberté de religion] » (traduction libre).

95. Voy. également : J.K. MILLER, *op. cit.*, 137 *Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 293 ; F. RIGAUX, *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 540, n° 480.

Conclusion

En définitive, aucun de ces éléments n'est à lui seul de nature à permettre une analyse du caractère équitable d'une mesure d'excommunication. Ce n'est qu'une fois qu'ils auront été cumulés que ces divers éléments seront de nature à constituer un faisceau d'indices susceptible de permettre une telle analyse.

3. Une approche belge : l'arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 2008 et la notion de discrimination

Dans les faits⁹⁶, le demandeur en cassation avait été exclu de l'ASBL « Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah d'Esneux » en 2002. Il se plaignait des conséquences collatérales de cette excommunication, à dire : premièrement, le rejet qui en résulta de la part de ses anciens coreligionnaires et, deuxièmement, les rapports minima qui en découlèrent de la part des membres de sa famille demeurés témoins de Jéhovah. Estimant que l'enseignement religieux de la Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah – au niveau national – était à la base de ce rejet et que cela constituait une atteinte à la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination⁹⁷, il demanda notamment que le pouvoir judiciaire en ordonne la cessation sous peine d'astreinte.

Le premier juge ayant estimé qu'il n'y avait pas discrimination au sens de la loi dès lors que toutes les personnes se trouvant exclues de la communauté des témoins de Jéhovah se trouvaient dans le même cas et que la personne excommuniée ne se plaignait pas en fait de son excommunication mais des conséquences de celles-ci, cette personne introduisit une action devant la cour d'appel de Liège.

En appel, la congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah avança que la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination ne s'appliquait pas à l'espèce au vu de sa liberté religieuse d'organiser librement le fonctionnement interne de sa communauté religieuse. La cour d'appel de Liège, après avoir estimé – de façon contestable – qu'une mesure d'excommunication « ne constitue pas une croyance religieuse ni une modalité d'expression [des croyances religieuses] » mais simplement une « mesure d'ordre », accepta d'examiner cette affaire sous l'angle de cette loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination. La cour d'appel de Liège estima donc que « les consignes données [par la défenderesse risquaient], *in abstracto*, de créer une discrimination »⁹⁸ mais que le demandeur ne démontrait pas *in concreto* l'absence de caractère objectif et raisonnable à la différence de traitement dont il fit manifestement l'objet. Pour ce faire, la cour d'appel semble avoir pris en compte certains éléments que la doctrine américaine avait, elle aussi, mis en avant. Ainsi, elle prit notamment en considération le fait que l'application de la mesure d'excommunication relevait avant tout de la liberté de religion des adeptes la pratiquant, effectuant, par ce fait, un examen de proportionnalité entre les différentes libertés en cause. Elle semble également avoir tenu compte de l'acceptation préalable par l'excommunié de l'excommunication puisqu'elle précisa que ce dernier « qui se plaint aujourd'hui des conséquences de son exclusion, oublie un peu facilement que

96. Pour un examen plus complet des faits, voy. Liège, 6 février 2006, cette revue, 2006, p. 661 et suivantes.

97. Notons que la loi du 25 février 2003 – analysée en l'espèce – tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des [chances] et la lutte contre le racisme fut abrogée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

98. Pour arriver à cette conclusion, la cour d'appel de Liège commença par considérer que « la liberté de culte elle-même risque de ne plus être respectée dans la mesure où, si les pressions sont trop fortes, l'adepte qui souhaite quitter la communauté s'en trouve moralement empêché, obligé qu'il est de choisir entre deux situations moralement dommageables : soit continuer à adhérer à des principes auxquels il ne croit plus et maintenir sa vie privée familiale et sociale, soit quitter la communauté et se voir rejeté par sa famille et ses connaissances ». Il me semble, à cet égard, que si de telles considérations puissent – dans certaines circonstances de fait spécifiques (voy. *supra* à ce propos) – être à l'origine d'un dommage, voire d'une atteinte à la liberté de changer de religion, elles ne constituent pas les critères constitutifs d'une discrimination puisqu'une discrimination est une différence de traitement – fondée sur un des critères protégés par la loi – qui manque de justification objective et raisonnable.

pendant quinze années, il a appliqué les mêmes consignes sans état d'âme ». Ensuite, elle considéra l'importance des conséquences collatérales de l'excommunication puisqu'elle souligna que « les textes produits à la cour laissent entendre que le devoir de secours et d'éducation vis-à-vis des autres membres de la famille doit être maintenu » et ce, même en cas d'excommunication. Elle tint aussi visiblement compte du but de l'excommunication puisqu'elle considéra comme une motivation pertinente le fait que « l'intimée justifie ses consignes par la nécessité de faire prendre conscience à l'adepte de l'erreur dans laquelle il se trouve ». Sur cette base, la cour d'appel de Liège rejeta la requête en appel de la personne excommuniée par un arrêt du 6 février 2006, ce qui incita cette dernière à introduire un pourvoi en cassation.

La personne excommuniée ayant porté son affaire devant la Cour de cassation principalement sur la base de la loi du 25 février 2003, la Cour de cassation n'analysa pas la question de l'excommunication⁹⁹. Elle se contenta de stipuler que la cour d'appel de Liège avait mal interprété l'article 19, paragraphe 3, qui précise que :

« [l]orsque la victime de la discrimination ou un des groupements visés à l'article 31 invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse ».

La Cour de cassation précisa donc à cet égard qu'« [i]l ressort des termes de cette disposition que la victime et le groupement susvisés sont seulement tenus d'établir des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination et qu'il incombe à la partie défenderesse, lorsqu'une telle présomption existe, de prouver qu'il n'y a pas de discrimination. En décidant que « le justiciable doit prouver qu'une discrimination a eu lieu à son égard » et que la discrimination directe dont se plaint le demandeur « repose sur une justification dont le caractère objectif et raisonnable existe à défaut pour [celui-ci] de démontrer le contraire », l'arrêt viole l'article 19, paragraphe 3, précité ». Dès lors, le débat relatif à la question de l'excommunication s'est cristallisé, en l'espèce, sur la notion de discrimination¹⁰⁰.

A. La notion de discrimination

Avant toute chose, il est nécessaire de rappeler ce qu'il faut entendre par discrimination. D'après l'article 2, paragraphe premier, de la loi du 25 février 2003 :

« [i]l y a discrimination directe si une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable est directement fondée sur le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique ».

99. Il convient de noter que le pourvoi faisait également grief à l'arrêt de la cour d'appel de Liège de « violer, en raison [d'une] discrimination portant atteinte à [sa] vie familiale, les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Dès lors, il eut été possible à la Cour de cassation d'aborder la notion d'excommunication dans son arrêt, ce qu'elle ne fit pas.

100. A titre informatif, il faut préciser que la cour d'appel de Liège stipula qu'« en l'espèce, la discrimination vantée n'était pas directe (...) ». En effet, d'après elle, « la discrimination dont se [plaignait] l'appelant ne [résultait] pas directement de son exclusion (...) mais des consignes liées à cette exclusion ». Puisque cette affaire opposait, d'une part, une congrégation religieuse à l'origine de consignes d'excommunication à, d'autre part, une personne excommuniée, il est difficile d'imaginer qu'une discrimination directe ait été possible. C'est plutôt autour de la notion d'« instruction de discriminer » que le débat aurait donc dû se focaliser. Cela voudrait toutefois dire que les auteurs de la discrimination directe seraient alors les adeptes du mouvement excommuniant eux-mêmes (au même titre que, dans un cas de discrimination au logement, on considérerait le bailleur comme celui ayant donné instruction de discriminer et l'agence immobilière comme l'auteur de la discrimination directe) ! C'est d'ailleurs ce que semble avoir considéré la cour d'appel de Liège lorsqu'elle considéra que « le dommage dont [la personne excommuniée] se [plaignait] ne [résultait] pas directement des consignes elles-mêmes mais de leur application par les adeptes (...) » (Liège, 6 février 2006, cette revue, 2006, p. 664). Dans une telle hypothèse, l'utilisation de la loi anti-discrimination m'apparaîtrait toutefois compromise dans la mesure où celle-ci n'est pas censée opérer dans les affaires strictement privées (cette exclusion est, en effet, rappelée à de nombreuses reprises dans les travaux parlementaires ; voy. les références citées par : S. VAN DROOGHENBROECK, " La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'homme ", A.P.T., 2003, p. 228, note 171). Or, le choix par un adepte de ses amis sur la base de critères religieux m'apparaît relever de ce genre d'affaires strictement privées. L'arrêt de cassation n'aborda néanmoins pas cette question.

Deux éléments sont donc nécessaires pour qu'il y ait discrimination : d'une part, une différence de traitement basée sur un critère protégé et, d'autre part, une absence de justification objective et raisonnable.

B. La question du renversement de la charge de la preuve

Le renversement de la charge de la preuve intervient lorsqu'il existe des éléments factuels permettant de présumer une discrimination. Pour pouvoir présumer l'existence d'une telle discrimination – qu'elle soit directe ou indirecte –, il faudra donc que les deux éléments constitutifs de la discrimination soient préalablement établis ne fût-ce qu'en germe et de façon suffisamment convaincante¹⁰¹. Si tel est le cas, la charge de la preuve sera renversée et il appartiendra alors au défendeur de prouver soit l'absence de différence de traitement, soit l'existence de justification objective et raisonnable pour éviter une condamnation pour discrimination¹⁰².

Toutefois, ce renversement de la charge de la preuve étant une dérogation aux principes valant en matière d'apport de la preuve, il convient d'en faire une interprétation restrictive. Pour rappel, l'article 19, paragraphe 3, impose que « la victime de la discrimination (...) invoque devant la juridiction compétente des faits (...) qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination ». De simples allégations ne suffisent donc pas. Comme le précisa le Conseil d'Etat dans son avis n° 32.967/2 relatif au projet de loi tendant à lutter contre la discrimination : « le renversement de la charge de la preuve entraîne comme conséquence que le défendeur devra prouver un fait négatif, à savoir l'absence de discrimination. [Or] prouver une absence de discrimination risque d'être particulièrement difficile ». C'est pour cette raison que « la preuve du " fait négatif " n'est requise qu'en raison justement de ce que ces faits ont été, eux, prouvés »¹⁰³. A cet égard, un certain équilibre devra donc être trouvé puisque, comme le fit remarquer le Conseil d'Etat, « il importe que les présomptions qui (...) autorisent [ce renversement de la charge de la preuve] soient, non pas graves, précises et concordantes, ce qui reviendrait à rétablir la règle générale, mais, à tout le moins, suffisamment pertinentes et solides »¹⁰⁴.

101. Le cas contraire, si une personne fortement myope se plaignait d'un refus d'engagement en tant que pilote de chasse, l'employeur potentiel se verrait opposer un renversement de la charge de la preuve sur la seule base d'une présomption – présente dans un tel cas – de différence de traitement. Il semble évident que la présomption devra également jouer sur l'absence de caractère objectif et raisonnable, sans quoi ce renversement de la charge de la preuve serait absurde. Il en ira différemment si une personne se verrait opposer un refus d'engagement sur base de sa seule race. Dans un tel cas, si cette personne peut invoquer ne fut-ce qu'en germe et de façon suffisamment convaincante la différence de traitement et l'absence de caractère objectif et raisonnable, le renversement de la charge de la preuve sera effectué au titre de l'article 19, paragraphe 3.

102. A titre indicatif, notons que l'article 7 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination – loi venant en remplacement de la disposition contestée devant la Cour de cassation – dispose que : « [t]oute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires ». Il apparaît que ces notions de « but légitime » et de « moyens appropriés et nécessaires » éclaircissent utilement les anciens critères relatifs à la « justification objective et raisonnable ». On voit donc apparaître de façon explicite dans la loi belge les notions de but légitime et de moyens abusifs ou non, notions qui furent également discutées par la doctrine américaine en matière d'excommunication (voy. *supra*).

103. O. DE SCHUTTER, " Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination ", in : X., Prouver la discrimination. La mise en œuvre de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination: le rôle des organismes spécialisés. Rapport de la première réunion d'experts, 14-15 janvier 2003, organisée par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme », Migration Policy Group, Bruxelles, 2003, p. 9.

104. Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Avis du Conseil d'Etat n° 32.967/2, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2001-2002, n° 1578/002, p. 8 et 9. C'est également en ce sens que statua la Cour de cassation lorsqu'elle précisa, dans un arrêt du 27 février 1958, que : « (...) si le juge peut légalement considérer que la preuve négative ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif » (Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42).

C. Les spécificités de la question religieuse au vu de la loi tendant à lutter contre la discrimination

Comme le souligna le Conseil d'Etat, ce renversement de la charge de la preuve « reviendra, parfois, à exiger [de la part de la partie défenderesse] qu'elle prouve la pureté de ses intentions »¹⁰⁵. Or, dans le cadre de l'analyse juridique d'une excommunication, la demande d'apport d'une telle preuve pourrait s'avérer délicate. Comme cela fut précisé ci-dessus, il faudra faire attention à ne pas tomber dans le « procès d'intention », voire dans le non-respect de la neutralité religieuse à laquelle est tenu l'Etat. Au surplus, l'examen des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de cette loi du 25 février 2003 est lui aussi révélateur. Ainsi, l'article 2, paragraphe 2, de la proposition de loi initialement déposée par PHILIPPE MAHOUX stipulait que : « [l]a présente loi ne s'applique pas à l'organisation interne des communautés religieuses et des organisations philosophiques, reconnues par le Roi »¹⁰⁶. Après de nombreuses discussions, cette partie fut rejetée du texte final. Pour ce faire, « [l]e ministre [compétent] attir[a] l'attention sur l'article 3, qui dispose que la loi ne porte pas atteinte à la protection et à l'exercice des droits fondamentaux » en considérant qu'« [i]l est donc impossible de remettre en cause, par le biais de cette loi, la liberté des cultes »¹⁰⁷. Autrement dit, cet article 3 de ladite loi du 25 février 2003 qui précisait que « [l]a présente loi ne porte pas atteinte à la protection et à l'exercice des libertés et des droits fondamentaux qui sont mentionnés dans la Constitution et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme » devrait être interprété de façon à ce que ni les règles d'organisation interne des religions – en ce compris celles relatives à l'excommunication de ses membres –, ni les autres libertés fondamentales en cause ne soient atteintes dans leur substance.

D. Les difficultés propres à l'espèce

En l'espèce, la motivation de la cour d'appel de Liège ne permet pas d'établir aisément un lien avec le dispositif final. Celui-ci conclut à l'absence de toute discrimination alors que certaines formulations de sa motivation permettent de douter de la position de la cour sur l'existence éventuelle d'une présomption de discrimination. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la Cour de cassation a concentré son arrêt sur l'existence d'une possible présomption de discrimination emportant le retournement de la charge de la preuve. Cet état de fait laissera le lecteur sur sa faim puisqu'on ne peut en retirer aucune orientation sur l'appréciation par la Cour de cassation de la notion d'excommunication. Il n'empêche que la cour d'appel de Liège a analysé la question du caractère objectif et raisonnable de l'excommunication visée *in casu*. Il aurait, dès lors, été loisible à la Cour de cassation de considérer que l'article 19, paragraphe 3, n'avait pas été violé étant donné que la cour d'appel avait considéré que, dans les faits, le caractère objectif et raisonnable de la différence de traitement était présent au vu des éléments ci-dessus rappelés. Si la cour d'appel de Liège a statué en tant que juge du fond de dernier ressort en considérant que, dans les faits, la différence de traitement était justifiée de façon objective et raisonnable, il ne saurait être question d'envisager une quelconque présomption de discrimination justifiant un renversement de la charge de la preuve étant donné que les éléments constitutifs n'en

105. Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, avis du Conseil d'Etat n° 32.967/2, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2001-2002, n° 1578/002, p. 9.

106. Proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme déposée par PHILIPPE MAHOUX et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, session extraordinaire, 1999, n° 2-12/1, p. 8.

107. Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Rapport fait au nom de la commission de la justice par JOSEPH ARENS et KARINE LALIEUX, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2001-2002, n° 1578/008, p. 50.

sont pas présents. Il appartiendra néanmoins à la cour d'appel de renvoi d'analyser, au fond, si les faits dénotent d'une présomption de différence de traitement non justifiée de façon objective et raisonnable constitutive de discrimination punissable. Si elle estimait que, dans les faits, une telle présomption était présente, il conviendrait alors de procéder au renversement de la charge de la preuve conformément à l'article 19, paragraphe 3. La cour d'appel de Liège eut tout de même le mérite d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence, autre élément qui m'apparaît indispensable.

4. La mise en balance des diverses libertés en cause

Toute la difficulté d'apprécier juridiquement les cas d'excommunication réside en la nécessité de devoir trancher entre les multiples intérêts qui s'opposent. Si, d'ordinaire, les cas relatifs à la liberté de religion mettent aux prises l'intérêt étatique et la liberté religieuse d'un ou plusieurs particuliers, les cas contestés d'excommunication confrontent ce même intérêt étatique aux libertés antagonistes d'au moins trois types d'acteurs différents : premièrement la personne excommuniée et ses revendications à la liberté de changer de religion ainsi qu'au droit à la vie privée, deuxièmement le mouvement excommuniant qui revendiquera le respect de ses libertés de religion (collective) et d'association et troisièmement, les individus composant ce mouvement qui, eux aussi revendiqueront leur droit à la liberté de religion (individuelle), voire à la vie privée¹⁰⁸.

Il est primordial de prendre chacun de ces intérêts en compte. Trop souvent, en effet, la prise en compte de la liberté de religion des individus composant le mouvement excommuniant semble être oubliée au profit du conflit qui oppose le mouvement religieux et l'ex-adepte. Cela ne semble, par contre, pas avoir été le cas de la cour d'appel de Liège qui, dans son arrêt du 6 février 2006 précisa notamment que « ces personnes peuvent, elles aussi, invoquer la liberté de culte et la nécessité, pour être en harmonie avec leur foi, de suivre les consignes qui leur sont données [par leur groupement religieux] »¹⁰⁹. Cette notion est effectivement primordiale pour effectuer une analyse de proportionnalité complète. Comme cela fut précisé, « les affaires d'évitement impliquent presque systématiquement des querelles de bonne foi à propos de doctrines religieuses [puisque] c'est la différence d'opinion quant à des questions religieuses qui a contraint l'ex-membre à quitter l'Eglise ou l'Eglise à l'excommunier »¹¹⁰. Or, les juridictions d'un Etat laïc ne pourraient légitimement se permettre de trancher, que ce soit de façon directe ou indirecte, entre l'une ou l'autre de ces visions¹¹¹. C'est donc au cas par cas, en fonction de critères purement factuels – tels que ci-dessus établis – qu'il conviendrait que ces juridictions effectuent un examen de proportionnalité entre les libertés concurrentes.

Sans pour autant chercher à établir un examen de proportionnalité rigide et définitif entre ces différentes libertés, il m'apparaît intéressant de reprendre les réflexions émises par certains auteurs quant à la façon dont un tel examen de proportionnalité pourrait être effectué.

Certains estimèrent ainsi que la liberté de religion individuelle et la liberté de religion collective avaient le même poids¹¹² alors que d'autres précisèrent que « les droits du

108. Voy. en ce sens : R. TORFS, *op. cit.*, *R.T.D.H.*, 1995, p. 268-270, qui invoquait, à cet égard, la nécessité d'« une pesée entre les droits fondamentaux impliqués ».

109. Liège, 6 février 2006, cette revue, 2006, p. 664.

110. J.K. MILLER, *op. cit.*, *137 Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 293 (traduction libre).

111. Dans ce sens, en droit belge, voy. : K. MARTENS, " Het Hof van Cassatie en de interpretatie van artikel 21 G.W. : de verhouding tussen Kerk en Staat dan toch niet op nieuwe wegen ", *C.D.P.K.*, 2000, note sous Cass., 3 juin 1999 ; H. VUYE, " Hoe gescheiden zijn Kerk en Staat ? Interpretatiemogelijkheden omtrent art. 21 van de Grondwet ", *Rec.*, 1995, p. 50, note sous Cass., 20 octobre 1994.

112. J.K. MILLER, *op. cit.*, *137 Univ. Pennsylvania L.R.*, 1988, p. 273, 282 et 302 (traduction libre).

groupe ne doivent jamais effacer les droits individuels »¹¹³. Or, si une mise en balance de libertés antagonistes est effectuée, le choix entre celles-ci aboutira nécessairement à limiter les libertés d'un des deux protagonistes. En prenant pour postulat qu'une limitation de sa liberté serait aussi dommageable pour une partie que pour chaque membre de l'autre¹¹⁴, il me semble toutefois que le nombre de personnes limitées dans leur liberté est un élément qui, sans pour autant être décisif, devra être pris en compte dans un examen de proportionnalité. FRANÇOIS RIGAUX précisa quant à lui que « la discipline interne des confessions religieuses [est] protégée en vertu de l'article 9 de la Convention [européenne] qui (...) interdit en principe toute immixtion de l'Etat dans le fonctionnement interne des confessions religieuses ». Selon l'auteur, ce principe d'autonomie des confessions religieuses, tout en étant limité par le paragraphe 2 du même article 9, a « pour conséquence le refoulement d'autres libertés garanties par la Convention européenne »¹¹⁵. Dans un autre ouvrage¹¹⁶, le même auteur précisa toutefois, relativement au droit américain, que les protections constitutionnelles des liens familiaux étaient susceptibles de faire obstacle aux clauses religieuses du Premier Amendement en matière d'excommunication. On voit donc que cette mise en balance est loin d'être aisée¹¹⁷. Comme on le sait, les décisions relatives à une mesure d'excommunication aboutiront inévitablement à faire primer l'une ou l'autre des libertés concurrentes. Si on veut effectuer un examen de proportionnalité correct, chacune des répercussions éventuelles sur les libertés envisagées devra donc être prise en compte de façon prospective. Or, de mon point de vue et tel que précisé ci-dessus, dans le cadre d'une excommunication, faire primer la demande de la personne excommuniée aboutira à restreindre la liberté de toutes les parties en cause : d'une part, celle du mouvement religieux excommuniant et des adeptes le composant mais aussi, d'autre part, celle de l'individu excommunié puisque cela reviendrait à méconnaître rétroactivement son engagement religieux auprès d'un groupe pratiquant l'excommunication. A l'opposé, une solution respectueuse de la liberté religieuse d'excommunier demeurera également respectueuse de la liberté de changer de religion de la personne excommuniée.

Pour ma part, il m'apparaît pourtant que l'excommunication puisse avoir des effets malheureux et contrariants sur le bien-être d'un individu. Toutefois, à défaut pour la société de développer une certaine tolérance à de telles conséquences, la liberté de

113. J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, p.195.

114. La laïcité me semble d'ailleurs, le plus souvent, devoir imposer ce genre de postulat puisqu'elle interdit de placer une conviction philosophique au-dessus d'une autre.

115. FRANÇOIS RIGAUX, " Le respect des droits fondamentaux par les institutions non étatiques ", *R.C.J.B.*, 1996, p. 127-128, note sous Cass., 20 octobre 1994.

116. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 89, n° 56 et p. 540, n° 480.

117. Précisons que, relativement au droit positif valant en matière de décisions ecclésiastiques de nature disciplinaire, la Cour de cassation belge a précisé que l'Etat, aux fins de respecter l'autonomie des cultes garantie par l'article 21 de la Constitution, ne peut pas revoir lesdites décisions au regard du droit de la Convention européenne (Cass., 20 octobre 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 1082 ; *R.C.J.B.*, 1996, p. 119 ; Cass. (ch. réunies), 3 juin 1999, *C.P.D.K.*, 2000, et note de K. MARTENS, " Het Hof van Cassatie en de interpretatie van artikel 21 G.W. : de verhouding tussen Kerk en Staat dan toch niet op nieuwe wegen ? ", p.217. Voy. également : H. VUYE, " Nogmaals : hoe gescheiden zijn Kerk en Staat ? Over de bevoegdheid van de rechter bij beslissingen tot benoeming of afzetting van benienaren van de eredienst in het licht van artikel 21 Grondwet ", *Rec.*, 2000, p. 110). Toutefois, cette jurisprudence me semble inexacte, au vu de la primauté de la Convention européenne sur la Constitution (voy. : Cass. (2^e ch.), 16 novembre 2004 (deux arrêts) et note de J. VANMEERBEECK et M. MAHIEU, " Traité international et Constitution nationale ", *R.C.J.B.*, 2007, p. 36 et suivantes). Selon moi, une décision ecclésiastique de nature disciplinaire pourrait donc être remise en cause si elle était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Néanmoins, il faut souligner que la Convention européenne elle-même, par le biais de ses articles 9 et 11, pourrait empêcher la remise en cause d'une telle décision ecclésiastique (voy., dans ce sens : E. TAWIL, " Le droit interne des religions dans la jurisprudence du Conseil d'Etat ", in : *X. Conseil d'Etat. Rapport public 2004. Jurisprudence et avis de 2003. Un siècle de laïcité*, Etudes & Documents, n° 55, La documentation française, p. 461). De là découlera nécessairement une mise en balance des libertés antagonistes.

religion serait bien vite vidée de tout contenu réel. S'il fallait choisir – par le biais d'une forme de test de proportionnalité – entre, d'une part, laisser les choses en l'état et, d'autre part, limiter la liberté de religion d'excommunication aux fins d'en empêcher les effets inévitables – mais limités – pour l'individu, il me semblerait de l'intérêt public de faire prévaloir la liberté de culte. En somme, ces conséquences déplorables – qui, après tout, ne sont jamais que le résultat de l'utilisation de sa liberté par un individu – doivent être considérées comme le prix à payer pour une société libre.

5. Conclusion

Comme dans toute question mettant aux prises des libertés fondamentales opposées, il sera nécessaire d'effectuer une mise en balance des diverses libertés en cause. Deux problèmes sont toutefois spécifiques aux cas d'excommunication.

Premièrement, là où les problèmes relatifs à la liberté de religion nécessitent souvent d'examiner dans quelle mesure l'intérêt étatique peut se concilier avec la liberté de religion d'un groupe ou d'un individu, les cas contestés d'excommunication mettent aux prises ce même intérêt étatique face à deux visions opposées de la religion et de la liberté de religion. Un Etat laïc ne pouvant pas trancher légitimement de façon définitive entre deux visions religieuses opposées, il m'apparaît donc que, tout d'abord, l'Etat se devra d'être particulièrement circonspect dans ce genre de questions en évitant de dicter sa propre préférence¹¹⁸ et, qu'ensuite, c'est au cas par cas que l'Etat aura à se positionner sur de telles questions¹¹⁹. Pour ce faire, il me semble que la solution la plus raisonnable soit l'analyse, par les juridictions, d'un faisceau d'indices permettant de voir si une excommunication s'est révélée, *in casu*, équitable du point de vue des libertés fondamentales de la personne excommuniée. Le cas contraire, l'analyse de proportionnalité entre les libertés concurrentes devra alors être effectuée.

Deuxièmement, il convient de bien garder à l'esprit qu'au-delà même des diverses libertés dont bénéficient les cultes dans le cadre de leurs mesures disciplinaires internes et des libertés dont doivent également bénéficier les personnes excommuniées, c'est aussi la liberté religieuse individuelle, la liberté de non-association et le droit à la vie privée des personnes choisissant d'appliquer des mesures d'excommunication qui doivent être protégés. Il est particulièrement notoire de constater que chacun des cas d'excommunication ayant fait l'objet d'une attaque en justice opposa systématiquement le seul mouvement excommunié à la personne excommuniée. Est-ce parce qu'il apparaît effectivement inimaginable d'attaquer un ancien coreligionnaire pour le choix philosophique personnel qu'il a fait d'éviter une personne excommuniée sur la base de critères religieux ? On imagine, en effet, mal l'Etat intervenir dans le choix éminemment personnel de ses amis¹²⁰... Pour ma part, je ne vois pas sur quelle base il devrait en être autrement du conseil doctrinal donné par une communauté religieuse – et librement consenti par ses membres – relatif à un tel choix.

118. Comme le demandait PAUL MARTENS, mais par rapport aux droits de l'homme à l'école : « Une société organisée peut-elle être entièrement investie par le droit ? N'y a-t-il pas des cercles plus ou moins restreints qui doivent échapper à la rationalité juridique (...) ? » (P. MARTENS, " Les droits de l'homme : à l'école aussi ? ", *A.P.T.*, 1989, p. 225 et suivantes). Il me semble qu'à cet égard, tout est avant tout une question d'équilibre (voy. en ce sens : L.-L. CHRISTIANS, " Conflit ecclésiastique : entre la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme ", cette revue, 1993, p.251, obs. sous Mons, 7 janvier 1993).

119. Un tel examen au cas par cas sera, au surplus, conforme à l'approche qu'a toujours privilégiée Strasbourg.

120. Il est intéressant de constater que de tels propos furent tenus par rapport à loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination (J. VELAERS, " De Antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten ", in X., *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 344 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, *A.P.T.*, 2003, p. 228).

Dès lors, l'analyse d'une notion aussi complexe que l'excommunication sur la base de la seule notion de discrimination, à défaut d'un examen complet d'espèce et d'une mise en balance de toutes les libertés en cause, risquerait fortement de se révéler attentatoire à certaines de ces libertés.

YANNICK THIELS
Avocat au Barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université Libre de Bruxelles

Cour d'appel de Mons (2^e chambre)

23 décembre 2008

Cultes – Séparation des églises et de l'Etat – Admission et renvoi d'une communauté religieuse – Droits de l'homme - Procès équitable.

Observations.

La qualité du contrôle exercé par les juridictions d'un Etat sur une procédure ecclésiastique doit être examinée dans l'optique de la conformité de cette procédure aux normes du procès équitable. Cette vérification, justifiée par les effets de la décision ecclésiastique sur l'exercice de droits civils, ne constitue pas une ingérence dans les affaires des églises. Il appartient donc à la Cour de contrôler le respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, même si celle-ci ne lie pas les confessions ou congrégations religieuses.

(V.K. / ASBL Religieuses S.A. et ASBL Foyer S.A. et G.)

Vu le jugement prononcé le 7 octobre 2002 par la première chambre C du tribunal de première instance de Tournai ; ...

I. Antécédents

Agnès V.K., chrétienne de tradition luthérienne, fut accueillie, avec d'autres postulantes de différentes traditions chrétiennes, dans la Congrégation religieuse S.A., d'obédience catholique, le 22 septembre 1975, alors qu'elle était âgée de vingt-trois ans.

Elle y fut ensuite admise aux vœux temporaires, à leur renouvellement et enfin, le 29 juin 1986, aux vœux perpétuels canoniques, ce qui en fit une religieuse professe perpétuelle.

Une mesure d'exclaustration, ou en tous cas de prise de recul, fut prise à son égard le 29 juillet 1992 par la supérieure générale pour tenter de mettre un terme « à un profond malaise, un mal-être, dommageable pour elle et pour les autres ».

Le 18 septembre 1992 se tint une réunion entre elle et le conseil général de l'Institut S.A. en présence d'un tiers aux fins de clarification de la situation.

Le 3 octobre 1992, elle reçut des mains de la supérieure générale une lettre datée du 29 septembre 1992 lui signifiant qu'ensuite d'un vote collégial du conseil général, « son appartenant à la Congrégation des religieuses de S.A. a pris fin » le même jour, avec pour conséquence le renvoi immédiat de l'institution et l'obligation de retour à la vie civile.

Elle reçut ensuite une somme de 130.000 francs français de l'ASBL Foyer S.A. en vue de sa réinsertion dans la société.