



Alessandro Ferrari

(associato di Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi dell'Insubria, Dipartimento di Diritto, Economia e Culture)

Le droit européen de liberté religieuse au temps de l'islam*

SOMMARIO: 1. Introduction - 2. Une nouvelle modernité: le chameau musulman et le trou Westphalien - 3. Tensions contemporaines: ce que la "question musulmane" révèle - 4. Vers un ordre westphalien-méditerranéen - 5. Le rouleau compresseur de la contemporanéité: vers un nouveau paradigme.

1 - Introduction

Historiquement, en Europe, le droit à la liberté religieuse a exercé un rôle important de laïcisation en tant que droit particulier construit sur des notions aussi spéciales que celles de "religion" et, selon les différentes variations linguistiques, de "cultes"¹. C'est grâce à cette spécificité, à la définition des frontières des religions et des droits religieux qu'elle a permise, que ce droit a pu exister. Il a pu ainsi séparer, ou tout au moins différencier, les États européens de leurs institutions religieuses, tout en assurant la primauté des premiers sur les dernières².

* Il contributo, sottoposto a valutazione, riproduce la relazione tenuta al Convegno internazionale *Autour des vingt ans du GSRL. Les Mutations des sciences sociales des religions et des laïcités* (Paris, 26-27 novembre 2015), ed è destinato alla pubblicazione negli Atti.

¹ Naturellement, le droit européen à la liberté religieuse auquel on se réfère ici n'est pas le droit produit par les institutions de l'Union européenne, mais un outil idéal-typique. Néanmoins, sur la possibilité de repérer des constantes communes, des principes fondamentaux d'un droit européen à la liberté religieuse cf., **N. DOE**, *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, pp. 263-264, et **P. PORTIER**, *State regulation of religion in Western European countries*, dans **F. FORET, X. ITÇAINA**, *Politics of Religion in Western Europe. Modernities in conflict?*, London-New York, Routledge (Taylor & Francis group), 2012, pp. 93-107.

² A cet égard, la différence entre liberté religieuse (= les demandes de liberté provenant des groupes religieux) et droit à la liberté religieuse (= les facultés en matière de liberté religieuses reconnues par les ordres juridiques étatiques) est fondamentale: cf. **A. FERRARI**, *Libertà religiosa e "diritto di libertà religiosa"*, dans *Rivista di teologia morale*, 184, 4, 2014, pp. 513-518. Cf., plus en général, **O. CHRISTIN**, *La paix de religion. L'autonomisation de la raison politique au XVI^e siècle*, Paris, Seuil, 1997; pour un aperçu plus général, **H.J. MORGENTHAU**, *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf, 1956 et, plus spécifique, **B.-A.J. RIEFFER**, *Religion and nationalism*.



Or l'islam en Europe est en train de s'enraciner dans cette tradition juridique avec des conséquences qui dépassent les frontières européennes et influencent les stratégies de différenciation entre "religieux" et "séculier" déjà expérimentées sur la rive Sud de la Méditerranée³. En effet, l'enracinement en Europe laïcise la liberté religieuse des musulmans et en conditionne les relations avec les États d'origine en faisant du modèle juridique confessionnel édifié à l'âge westphalien à la fois le paradigme commun et un statu quo à dépasser. Autrement dit, la présence musulmane en Europe a rouvert la "question religieuse" close à l'âge moderne avec l'invention du droit à la liberté religieuse. L'installation des musulmans et le développement des réseaux associatifs islamiques font ainsi éclater les rigidités et les a priori, ce que l'on peut qualifier de "normes implicites"⁴ du modèle westphalien. Or le droit européen de liberté religieuse peine à gérer tant les manifestations individuelles que la fragmentation associative de cette tradition religieuse. Le fait que la crise du droit européen de liberté religieuse face à l'islam est souvent la conséquence de son exercice - ou de la demande d'exercice - par des individus et groupes ressortissants d'une religion-culture qui n'a participé ni à la paix religieuse de 1648 ni à l'entreprise constitutionnelle de l'après 1945 remet aujourd'hui en question les automatismes universalistes du paradigme politique qui a gouverné jusqu'à présent le "Vieux Continent"⁵. D'autre part, un véritable bouleversement révolutionnaire est vécu par l'ancienne dār al-Islām⁶ où l'homogénéité religieuse, renforcée après les vagues migratoires de la

Understanding the consequences of a complex relationship, dans *Ethnicities*, 3 (2), 2003, pp. 215-242.

³ Cf., pour une synthèse, **W. MENSKI**, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 289-364, et **N. KEDDIE**, *The Revolt of Islam, 1700 to 1993: Comparative Considerations and Relations to Imperialism*, dans *Comparative Study of Society and History*, 36, July 1994, pp. 463-487.

⁴ **R.A. MACDONALD**, *Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et "inferentielle"*, dans *Sociologie et sociétés*, XVIII (1), 1986, pp. 47-58; **J. MADELEY, Z. ENYEDI** (dir.), *Church and State in Contemporary Europe: The Chimera of Neutrality*, London, Frank Cass Publishers (Taylor & Francis Group), et **R. MOHR**, *The Christian origins of secularism and the rule of law*, in **N. HOSEN, R. MOHR** (eds), *Law and Religion in Public Life. The contemporary debate*, London-New York, Routledge (Taylor & Francis Group), 2011, pp. 34-51.

⁵ Cf. **S. CAROL, R. KOOPMANS**, *Dynamics of contestation over Islamic religious rights in Western Europe*, dans *Ethnicities* 13(2), 2013, pp. 165-190 et, pour la description d'un "double-standard secularism" cf. **A. FERRARI**, *Religious Freedom and the Public-Private Divide: A Broken Promise in Europe?*, in **S. FERRARI, S. PASTORELLI** (eds), *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, Farnham, Ashgate, 2012, pp. 71-91.

⁶ Cf. **A. FERRARI, J. TORONTO** (dir.), *Religions and Constitutional Transitions in the Muslim Mediterranean. The Pluralistic Moment*, London-New York, Routledge (Taylor & Francis group), 2017.



décolonisation, est aujourd'hui remise en question par l'immigration venue d'Asie et d'Afrique sub-saharienne et par la différenciation interne au sein du champ musulman lui-même. Celui-ci est en effet confronté aux défis du "modèle globalisé" de la rive Nord, qui radicalise la nécessité de distinguer entre l'islam en tant que libre - et volontairement contraignante - expérience religieuse et l'islam en tant que ressource patrimoniale-culturelle générique des États-nations de la région⁷.

Sur les deux rives de la Méditerranée, la "question musulmane", en confirmant et remettant à la fois en cause le paradigme moderne, éclaire le rôle politique du droit à la liberté religieuse comme fondement du modèle sociétal de la globalisation.

Afin de mieux illustrer les dynamiques du droit européen de la liberté religieuse au temps de l'islam, j'utiliserai comme outil la distinction idéal-typique entre le modèle moderne État-centrique du droit à la liberté religieuse et le modèle contemporain individu-centrique de ce même droit, promu par le constitutionnalisme de l'après deuxième guerre mondiale dans le cadre de l'ouverture des systèmes juridiques nationaux au droit international fondé sur les "droits de l'homme"⁸. Cette distinction essentielle aidera à montrer comment la "question musulmane" révèle l'inévitable nature hybride du droit européen à la liberté religieuse (à la fois moderne et contemporain); une nature hybride dont témoignent les tensions qu'on exposera et qui constituent une dimension indépassable de la liberté religieuse en tant que droit garanti par et pour une communauté politique plurielle.

Enfin, bien que quelques dynamiques européennes du droit à la liberté religieuse seulement soient traitées dans cet article, on ne peut oublier, ainsi qu'il a été signalé plus haut, les réactions que la "question musulmane" en Europe entraîne sur la rive Sud de la Méditerranée. Cela suppose de réfléchir à la possibilité d'un nouveau paradigme élargi de ce

⁷ Cf. **A. AMOR**, *Constitution et religion dans les États musulmans*, dans *Constitutions & Religions*, Académie Internationale de droit Constitutionnel, Recueil des cours, Xe session Tunis 16-28 août 1994, Sfax, Reliure d'Art, 2007, IV, pp. 21-88; **Y. BEN ACHOUR**, *La théorie constitutionnelle dans la tradition sunnite*, *ibidem*, pp. 89-111, et **M. MOUAQIT**, *Chari'a et rationalité de l'État positiviste. La sécularisation de la fonction de l'ijtihad*, dans *Annuaire Droit et Religions*, 8, 2015-2016, pp. 317-329.

⁸ Il s'agit d'une évocation du modèle élaboré par **M. WOHLRAB-SAHR**, **M. BURCHARDT**, *Multiple Secularities: Toward a Cultural Sociology of Secular Modernities*, dans *Comparative Sociology*, 11, 2012, pp. 875-909, qui utilisent la distinction entre "(1) secularity for the sake of individual right and liberties; (2) secularity for the sake of balancing/pacifying religious diversity; (3) secularity for the sake of national integration and development and (4) secularity for the sake of the independent development of functional domains of society", p. 889.



droit, non plus simplement le produit d'une histoire euro-centrique mais aussi, forcément, le fruit de l'interaction entre différentes traditions politiques, culturelles, religieuses et juridiques d'un espace euro-méditerranéen pluriel et connecté⁹.

2 - Une nouvelle modernité: le chameau musulman et le trou Westphalien

Un des effets les plus évidents de l'installation de populations de religion musulmane en Europe est le ralentissement du rapport de proportionnalité directe entre sécularisation et laïcisation qui paraissait inéluctable, en particulier depuis les années 1960-70 lorsque le schéma individualiste et englobant des droits de l'homme semblait engloutir et devoir effacer toute particularité religieuse, en rendant obsolète le droit à la liberté religieuse lui-même¹⁰. L'immigration musulmane semble bien d'abord avoir ralenti l'obsolescence des anciens systèmes de relations État-Église et, donc, la déspecialisation progressive du droit à la liberté religieuse lui-même. La perception des musulmans comme un ensemble cohérent et bien défini plutôt que comme des individus différenciés a favorisé l'utilisation des concepts de "religion" et de "droit à la liberté religieuse" comme des catégories herméneutiques d'encadrement spécifiques¹¹. Cela a aussi réactivé le rôle de ce droit comme instrument de sécurité publique et renforcé la mission médiatrice des "Églises reconnues" dans la construction de la cohésion sociale à l'intérieur d'États-nations devenus super-pluralistes¹².

Au bout du compte, ce processus correspond à trois phases successives dans le rapport entretenu entre l'Europe et l'islam dans l'après deuxième guerre mondiale. Lors de la première phase, les musulmans n'étaient encore que des travailleurs immigrés et le droit à la liberté religieuse n'était pas pertinent dans la gestion de cette nouvelle présence. Dans la deuxième phase, qui s'étend jusqu'en 1989, les immigrés sont devenus des "musulmans" et le droit européen à la liberté religieuse est

⁹ Cf. **A. FERRARI**, *Il diritto di libertà religiosa nello spazio mediterraneo: primi appunti per una storia comune*, dans *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI, 2015, pp. 243-264.

¹⁰ Il est clair que le résultat d'une sécularisation radicale serait le dépassement de toute pertinence du concept de laïcité lui-même.

¹¹ Cf. **W. FALLERS SULLIVAN**, *The Impossibility of Religious Freedom*, Princeton, Princeton University Press, 2011, et **E. SHAKMAN HURD**, *Beyond Religious Freedom. The New Global Politics of Religion*, Princeton, Princeton University Press, 2015.

¹² Cf. **J.-P. WILLAIME**, *Le retour du religieux dans la sphère publique. Vers une laïcité de reconnaissance et de dialogue*, Lyon, Editions Olivétan, 2008, et **R. MCCREA**, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2010.



apparu comme pouvant leur être appliqué tel quel¹³. La troisième phase s'est ouverte ensuite, lorsque les musulmans-immigrés sont apparus comme représentant une menace pour l'Europe et que le droit à la liberté religieuse est devenu une sorte d'instrument policier pour garantir la cohésion sociale et la sécurité des États-nations¹⁴.

Cette dynamique ne révèle pas seulement le ralentissement du processus de laïcisation, mais aussi le fait que la jouissance par les musulmans des contenus essentiels du droit européen à la liberté religieuse n'a pas clos la "question musulmane". Elle a plutôt produit une surenchère qualitative depuis que les "demandes religieuses" émanant des musulmans partagent la même fluidité, le même éclatement que les revendications à la liberté religieuse des autres Européens¹⁵. La demande des musulmans est en effet passée de celle d'un droit spécifique et limité à celle, plus globale, d'une citoyenneté active, qui vise à intégrer dans la sphère publique des éléments typiques de l'identité culturelle et religieuse de ces nouveaux Européens.

C'est dans ce cadre apparemment déstructuré que, paradoxalement, les différents statuts de "Église reconnue" retrouvent une nouvelle pertinence politique. En effet, la jouissance étendue aux musulmans des statuts déjà accordés aux cultes "autochtones" est devenue cruciale pour qu'ils puissent aspirer à un partenariat global avec les administrations étatiques et, plus généralement, en vue de leur intégration dans l'ordre politique européen.

Toutefois, la réalisation de cet objectif, l'intégration par le droit de liberté religieuse, oblige à une forte spécialisation et à un encadrement clérical institutionnalisé et atteint son apogée avec l'exigence d'une adhésion explicite aux valeurs les plus symboliques des démocraties

¹³ Cf. **D. OWERS**, *From immigrants to fundamentalists - Changing portrayals of Muslim identities in Europe*, Institute for International Political Economy Berlin, Working Paper, n. 52, 2015: http://www.ipe-berlin.org/fileadmin/downloads/working_paper/ipe_working_paper_52.pdf (consulté le 6 février 2017).

¹⁴ La lien entre cohésion sociale, sécurité et droit à la liberté religieuse est aussi reflété par la définition donnée par l'ex premier ministre Manuel Valls de la sûreté comme la "première des libertés", formulation qui reprend une expression déjà utilisée, ailleurs, pour la liberté religieuse: cf. http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2015/11/20151119_discours_de_manuel_valls_premier_ministre_projet_de_loi_sur_la_prorogation_de_lEtat_durgence.pdf (consulté le 6 février 2017). Cf., aussi, **S. FERRARI**, *Individual Religious Freedom and National Security in Europe After September 11*, dans *Brigham Young University Law Review*, 2, 2004, pp. 357-383, et **A. KOUROUTAKIS**, *Islamic Terrorism: The Legal Impact on the Freedom of Religion in the United States and Europe*, dans *Boston University International Law Journal*, 34, 2016, pp. 113-148.

¹⁵ Cf. **S. FERRARI**, *Stati e religioni in Europa: un nuovo baricentro per la politica ecclesiastica europea?*, dans *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2008, pp. 3-13.



constitutionnelles contemporaines: laïcité, droits de l'homme, non-discrimination, parité hommes/femmes, mixité garçons/filles, "vivre ensemble". Il s'agit d'une transformation importante si on compare cette exigence à celles de la modernité libérale du XIX^e siècle. Cette dernière ne réclamait des Églises que le respect des principales implications normatives des valeurs consacrées par les États. Ces derniers combattaient certes les postulats idéologiques avancés par les religions, en particulier les dogmes catholiques, mais sans pour autant chercher à en contester la légitimité proprement religieuse¹⁶. Aujourd'hui tout au contraire, la jouissance d'un droit à une réelle liberté religieuse requiert l'adhésion et la loyauté aux acquis sociétaux mainstream¹⁷, la transformation des groupes religieux en "religions constitutionnelles" (sinon en religions civiles).

Vis-à-vis des musulmans cette approche est justifiée par deux données apparemment simples, à la fois quantitatives et temporelles: les musulmans seraient "trop nombreux" et trop "récents" pour que leur liberté religieuse puisse bénéficier de trop d'exemptions au "droit commun"

¹⁶ On retrouve des échos de cette orientation dans la décision de la Cour Constitutionnelle allemande du 19 décembre 2000 qui conditionnait le fait de demander au Témoins de Jehovah non pas une "loyauté envers l'État" mais seulement une plus formelle "fidélité à la loi", au caractère "apolitique" de cette religion qui ne le rendait pas un "danger pour la démocratie". Toutefois, c'est justement cette dernière condition qui ne rend pas cette décision un modèle possible pour le libéralisme contemporain: cf. (pour une opinion plus généreuse) C. JOPPKE, *Europe and Islam: Alarmists, Victimists, and Integration by Law*, dans *West European Politics*, 37, 6, 2014, p. 1330.

¹⁷ Cf., par exemple, le Rapport d'Information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la laïcité et l'égalité femmes-hommes, par Mme Chantal Jouanno (Sénat, session ordinaire de 2016-2017, n. 101, enregistré le 3 novembre 2016), et S. MULLALLY, *Retreat from multiculturalism: community cohesion, civic integration and the disciplinary politics of gender*, dans *International Journal of Law in Context*, 9, 3, 2013, pp. 411-428. Cf. aussi la Convention citoyenne des Musulmans de France pour le vivre-ensemble publié par le Conseil Français du Culte Musulmane le juin 2014 (http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/convention_citoyenne_des_musulmans_de_france_pour_le_vivre_ensemble.pdf, consulté le 6 février 2017). A noter le succès de la notion française de "vivre ensemble", passée du débat politique à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (cf. GC, Affaire S.A.S. c. France, requête n. 43835/11 du 1^{er} juillet 2014, § 157) et à l'ordre religieux interne musulman (bien présente pourtant dans les documents de l'Église catholique). Dans l'affaire Osmanoglu et Kocabaş c. Suisse (requête n. 29086/12 du 10 janvier 2017) la Cour de Strasbourg, faute de pouvoir citer littéralement ce terme, l'évoque très clairement (cf. §§ 98 et 100), en affirmant qu'"une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie selon les mœurs et coutumes locales prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées des cours de natation mixtes". Cf. aussi L. PRIOU-ALIBERT, *Le vivre-ensemble comme but légitime de l'atteinte à certains droits?*, dans Dalloz Actualité, 13 janvier 2015, ([file:///C:/Users/123/Downloads/dalloz_actualite_-_le_vivre-ensemble_comme_but_legitime_de_latteinte_a_certains_droits_-_2015-01-13%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/123/Downloads/dalloz_actualite_-_le_vivre-ensemble_comme_but_legitime_de_latteinte_a_certains_droits_-_2015-01-13%20(1).pdf)) (consulté le 6 février 2017).



et, donc, s'écarter d'une "liberté religieuse standard". Toutefois, la crainte de dérives liées aux abus supposés des "accommodements raisonnables" (le slippery slope argument) trahit une vision essentialiste de l'islam et des musulmans. Elle transforme le droit à la liberté religieuse en "garantie" pour préserver la place des majorités comme telles et en instrument d'assimilation. La liberté religieuse ne serait plus qu'une simple étape qui en séparant et, donc, en distinguant et laïcisant les différentes religions, tendrait à les séculariser et finalement les résorber au sein d'une société civile homogène.

Ce projet, porté par un solide interventionnisme étatique, implique la création d'un leadership clérical et la définition des formes, structures et contenus de l'"islam européen". En ce sens, la loi autrichienne sur l'islam de 2015, l'accord des partis politiques danois contre les prédicateurs religieux de mai 2016 et, en général, les efforts déployés dans toute l'Europe pour la formation des cadres religieux musulmans et l'ouverture et la gestion des mosquées renouvellent, à grande échelle, les pratiques de l'ancien juridictionnalisme et la tradition la plus classique des Églises nationales¹⁸. Cela signifie que, pour obtenir une pleine citoyenneté dans le contexte européen, les musulmans doivent, comme le chameau de l'Évangile, passer par le trou du droit à la liberté religieuse, métaboliser ce premier acquis de la laïcisation moderne et inscrire leurs exigences religieuses individuelles et associatives dans le cadre d'une organisation ecclésiale compétente pour élaborer une religiosité "certifiée" et donc susceptible de protection par les ordres juridiques étatiques.

Il s'agit d'une histoire déjà connue en Europe: celle de la subordination de la liberté religieuse des groupes religieux à un droit à la liberté religieuse contrôlé par et orienté vers l'État. Il s'agit, en fin de compte, d'une domestication du religieux basée sur la distinction entre religieux et séculier, ce fondement de l'État moderne et même, selon des formes différentes, de l'État constitutionnel démocratique contemporain. Par cette domestication, le droit européen à la liberté religieuse a pu organiser un espace de spécialisation qui empêche les religions de porter tout projet

¹⁸ Cf. **S. FERRARI, R. BOTTONI**, *The Institutionalization of Islam in Europe*, dans **J. CESARI** (dir.), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 619-655; **S. JOUANNEAU**, "Dire ce que doit être l'islam minoritaire dans un pays laïque". *Les imams, acteurs et objets des transformations de l'autorité islamique en France*, dans **A.-L. ZWILLING** (dir.), *Minorités religieuses, religions minoritaires dans l'espace public. Visibilité et reconnaissance*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2014, pp. 119-140; **OSCE-ODIHR**, *Opinion on the Draft Federal Law of Austria Amending the Law on the Recognition of Adherents to Islam as a Religious Society* (7 novembre 2014), <http://www.osce.org/odihr/126575> et <http://www.altinget.dk/misc/Aftalepapir.pdf> (consultés le 6 février 2017).



politique totalisant. Aujourd'hui, la domestication du religieux apparaît toujours comme nécessaire pour la gestion de sociétés plurielles, caractérisées en outre par une demande forte d'autonomie, à tous les niveaux.

Toutefois, la sécularisation fragilise les limites dans lesquelles les religions ont été jusqu'ici enfermées. Elle renforce la dimension politique des religions et rend plus difficile la tâche du droit à la liberté religieuse. Cela explique la réaction des États, l'accentuation des approches niveleuses et top down dont l'objectif est de contrecarrer la force centrifuge du pluralisme contemporain.

La "domestication de l'islam" met aussi en évidence la valeur symbolique et finalement rhétorique de la dimension individuelle du droit européen à la liberté religieuse, que l'on ne peut comprendre que dans le cadre de la victoire des systèmes juridiques étatiques sur tous les autres producteurs du droit, avec la reconnaissance de la primauté des premiers sur les seconds. L'attention au droit à la liberté religieuse en tant qu'instrument de "domestication" conduit aussi à nuancer l'attitude consistant à interpréter ce droit uniquement sous l'angle contemporain des droits de l'homme, et à comprendre alors les limitations étatiques à la liberté religieuse à l'intérieur d'un contexte plus large.

La "question musulmane", en révélant le rôle éminemment politique du droit à la liberté religieuse, met à jour le caractère politique et polysémique des délibérations étatiques et des comportements individuels. Elle le fait en mettant en évidence les tensions entre les approches des décideurs politiques nationaux, plus marquées par un État-centrisme de type moderne et les approches (judiciaire et des organisations internationales) inspirées par une vision de l'État polycentrique, fondée sur les droits de l'homme et la primauté des individus¹⁹.

3 - Tensions contemporaines: ce que la "question musulmane" révèle

Les tensions entre approches polycentrique et moniste ne révèlent pas seulement la difficulté qu'il y a à métaboliser les acquis du constitutionnalisme contemporain, né avec le dépassement de la dichotomie entre ordre public et droits de l'homme. Elles manifestent aussi, et plus généralement encore, la difficulté européenne à accepter le caractère

¹⁹ Les exemples abondent: cf., pour la France, N. HERVIEU, *Burkini: Entretien croisé des Professeurs Stéphanie Hennette Vauchez et Joël Andriantsimbazovina sur la décision du Conseil d'État*, dans *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 31 août 2016 (consulté le 6 février 2017).



multidirectionnel de la globalisation. Les migrations massives provoquent en effet une redéfinition des frontières, un déplacement de la distinction entre "intérieur" et "extérieur", imposant un nouveau nomos de la Terre, une redistribution globale de la souveraineté entre individus, communautés et institutions, entre sujets publics et privés, États-nations, acteurs locaux et internationaux.

Cette situation préoccupe les États-nations qui réactivent la notion de défense de leurs frontières propres. C'est dans cette optique qu'il faut considérer les précautions imposées au Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne en faveur des identités nationales des États membres²⁰, ainsi qu'au self-restraint de la Commission européenne; selon celle-ci en effet, seuls les groupes religieux et non confessionnels déjà reconnus à l'échelle nationale peuvent participer au dialogue avec les institutions européennes²¹. Cette même attitude défensive est encore plus évidente s'agissant des instances judiciaires supranationales, en particulier de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Le rappel du respect de la "marge d'appréciation" étatique de la part des juges de Strasbourg est désormais une constante, qui pourrait s'étendre encore aux décisions de la Cour de Luxembourg lorsque celle-ci devra trancher sur les éventuels effets discriminatoires de l'interdiction du port du foulard des salariées musulmanes²².

²⁰ Cf. **D. DURISOTTO**, *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; **T. KONSTADINIDES**, *The Constitutionalisation of National Identity in EU Law and its Implications*, 1 septembre 2013, dans SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2318972>, et **M. DOBBS**, *Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?*, dans *Yearbook of European Law*, 33, 1, 2014, pp. 298-334.

²¹ Cf. les *Lignes directrices relatives à la mise en œuvre de l'article 17 du TFUE* du juillet 2013 qui précisent aussi que «(I)l n'y a pas de reconnaissance ou d'inscription officielle des interlocuteurs au niveau européen»: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2014-005685&language=FR#def1> (consulté le 20 janvier 2017). Le 25 janvier 2013 le médiateur européen avait déjà souligné comment le dialogue entre communautés religieuses et institutions européennes «cannot, in itself, call into question "the status under national law of churches, religious associations or communities, and philosophical and non-confessional organisations"»: *Decision of the European Ombudsman in his inquiry into complaint 2097/2011/RA against the European Commission*, § 48, http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/49026/html.bookmark#_ftn1 (consulté le 20 janvier 2017).

²² Sur la marge d'appréciation la bibliographie est immense; cf., pour un aperçu général, les ouvrages déjà cités à la note 20. Cf. aussi **F. LARONZE**, **M. SCHMITT**, *La religion et le travail au milieu du gué européen. Sur la méthode juridico-politique des avocats généraux près la CJUE*, dans *Revue du droit des religions*, mai 2017 (à paraître) et http://www.lemonde.fr/religions/article/2016/07/13/signes-religieux-en-entreprise-les-conclusions-divergentes-de-la-cour-de-justice-europeenne_4968889_1653130.html (consulté le 6 février 2017).



Dans ce cadre, la "question musulmane" lève le voile d'ignorance qui a rendu possible le constitutionnalisme de l'après deuxième-guerre mondiale. Elle révèle en particulier la difficulté pour les systèmes politiques du "Vieux Continent" de concrétiser l'approche universaliste de leurs constitutions. Ce dévoilement prive le droit européen à la liberté religieuse de beaucoup de sa rhétorique. La dialectique entre les dimensions moderne et contemporaine de ce droit obligerait alors, plutôt, à rechercher un équilibre nouveau.

Mais la "question musulmane" révèle aussi l'imbrication entre les deux rives de la méditerranée²³. L'universalité musulmane et les citoyennetés multiples de ses fidèles impliquent que les clés du droit européen à la liberté religieuse ne reposent pas dans les seules mains des États européens. Les réponses aux défis du pluralisme imposent la recherche d'un consensus constitutionnel transméditerranéen partagé à tous les niveaux des sociétés de cet espace culturel, religieux et géopolitique. Ce nouveau consensus exige l'harmonisation des acquis de la modernité (la primauté des États-nations) avec les acquis du constitutionnalisme de la globalisation (la primauté des droits de l'homme).

4 - Vers un ordre westphalien-méditerranéen

Les musulmans en Europe sont aux prises avec des citoyennetés multiples et se situent en particulier entre deux citoyennetés politiques correspondant à leurs anciens et nouveaux États-nations de résidence. Pour beaucoup de musulmans européens, la citoyenneté d'un État-nation "musulman" est un lien permanent qui implique de lourdes conséquences en termes d'altérité sociale et politique ainsi que de discrimination dans la nouvelle terre d'installation²⁴. Ce lien justifie en particulier l'engagement des pays

²³ Cf., d'une perspective différente, **A. TRIANDAFYLLIDOU**, *European Muslims: Caught between Local Integration Challenges and Global Terrorism Discourses*, Istituto Affari Internazionali, working paper n. 15, May 2015, dans <http://www.osce.org/networks/newmedtrackII/166511?download=true> (consulté le 6 février 2017).

²⁴ Cf. **M. KOENIG**, **M. MALIEPAARD**, **A. GÜVELI**, *Religion and new immigrants' labor market entry in Western Europe*, dans *Ethnicities*, 16(2), 2016, pp. 213-235; **C. DIEHL**, **M. FISCHER-NEUMANN**, **P. MÜHLAU**, *Between ethnic options and ethnic boundaries - Recent Polish and Turkish migrants identification with Germany*, *ibidem*, pp. 236-260; **C.L. ADIDA**, **D.D. LAITIN**, **M.-A. VALFORT**, *Region of origin or religion? Understanding why immigrants from Muslim-majority countries are discriminated against in Western Europe* (17 février 2014), dans https://web.stanford.edu/group/laitin_research/cgi-bin/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/RegionOfOriginReligion.pdf (consulté le 6 février 2017), et **N. FONER**, **R. ALBA**, *Immigrant Religion in the U.S. and Western Europe: Bridge or Barrier to Inclusion?*, dans *The*



d'origine dans un processus de construction d'"Églises musulmanes européennes". En effet, si ces dernières sont perçues par les États européens comme des instruments d'encadrement de leurs nouveaux citoyens, elles jouent aussi pour les pays de provenance ce même rôle de structures de contrôle de leurs ressortissants. L'insécurité internationale, les guerres, la lutte contre le terrorisme et la radicalisation ont accentué cette situation. Cela a favorisé un enchevêtrement entre les États-nations méditerranéens alors que celui-ci semblait dépassé avec le passage de la première aux "deuxièmes générations" des musulmans européens. Cette situation pourrait générer la création d'une sorte de droit de capitulation, dans une direction Sud-Nord cette fois. Cette démarche État-centrique est affirmée également en matière de droit de la famille où le droit international privé, reposant sur l'ordre juridique des États, est toujours préféré à la reconnaissance de la pertinence directe des lois religieuses, dont la normativité est gérée par les individus et les groupes religieux basés en Europe. Le transnationalisme étatique a donc la priorité sur le pluralisme religieux²⁵.

La bienveillance des États européens envers la "médiation" des pays de la rive Sud projette la tension entre modernité et contemporanéité à l'échelle méditerranéenne. En effet, la négociation entre les États-nations des deux rives met l'accent sur le rôle sécuritaire du droit à la liberté religieuse, ce qui peut affaiblir l'approche plus axée sur les droits de l'homme²⁶. D'une part parce que cette négociation peut freiner l'insertion des musulmans dans le cadre des modèles constitutionnels centrés sur les individus, en favorisant notamment l'appel à la marge d'appréciation étatique face aux interventions de la Cour de Strasbourg²⁷. D'autre part, à

International Migration Review, 42, 2, 2008, pp. 360-392.

²⁵ La tension entre les États européens et certains courants idéologiques de l'islam politique enracinés en Europe reflète cette même hostilité étatique envers une religion libre de tout contrôle étatique et fort de sa déterritorialisation. Cela aussi lorsque ces courants idéologiques sont soutenus par des États de la rive Sud, mais en dehors de tout lien de citoyenneté: cf. L. VIDINO (dir.), *The West and the Muslim Brotherhood After the Arab Spring*, (https://www.fpri.org/docs/201303.west_and_the_muslim_brotherhood_after_the_arab_spring.pdf consulté le 7 février 2017), Al Mesbar Studies & Research Centre in collaboration with the Foreign Policy Research Institut, 2013

²⁶ Cf. le *Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires Etrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 27 avril 2016 sur la coopération européenne avec les pays du Maghreb*, Président M. Guy Teissier, Rapporteur M. Jean Glavany, enregistré le 18 janvier 2017, en particulier pp. 112-116 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i4384.pdf> (consulté le 6 février 2017)).

²⁷ Cf. la "décharge" contre la loi "sur le voile" de 2004 délivrée par le cheikh Mohamed Sayyed Tantaoui lors de la visite à Al-Azhar du ministre de l'intérieur Nicolas Sarkozy: cf. <http://www.la-croix.com/Archives/2003-12-31/L-imam-d-Al-Azhar-agree-une-loi-sur-le-voile>



un autre niveau, parce qu'elle peut affaiblir l'efficacité de la politique extérieure de l'Union européenne. Il est le cas des lignes directrices pour la politique étrangère (24 juin 2013)²⁸ qui pâtissent elles aussi de l'absence de souveraineté et de citoyenneté commune de l'Union, ce qu'on a déjà observé aussi à propos des compétences des organismes européens vis-à-vis des États-nations du "Vieux Continent"²⁹.

Cependant, la "laïcisation gallicane"³⁰ qui ressort de ces négociations interétatiques et des échanges entre les nouvelles "Églises musulmanes européennes" et les communautés musulmanes (encore) étatisées du Sud constitue un puissant vecteur de métabolisation du modèle confessionnel et, surtout, du modèle hybride d'État moderne-contemporain³¹. En effet, ces négociations poussent les États de la rive Sud à entrer dans la trajectoire de la "modernité contemporaine" et, donc, à justifier la primauté de l'État sur la religion par la coïncidence des droits de l'homme³². En devenant Église sur la rive Nord, l'islam tend à se transformer en une religion sur la rive Sud, expérimentant ainsi une différenciation par rapport aux institutions étatiques propice à une redéfinition - une laïcisation - du statut de

NP-2003-12-31-198290 (consulté le 7 février 2017).

²⁸ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/137585.pdf (consulté le 6 février 2017).

²⁹ F. Foret souligne, à ce propos, les faiblesses d'un «hybrid intergovernmentalism» «too static and self-determinist»: cf. F. FORET, *Theories of European integration and religion: a critical assessment*, dans **ID.**, *Politics of Religion in Western Europe*, cité, pp. 43-60.

³⁰ Cf. **J. BAUBÉROT**, *Les 7 laïcités françaises*, Clamecy, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, pp. 39-56.

³¹ Cf. **J. LAURENCE**, *The Emancipation of Europe's Muslims*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

³² Cela a été aussi le cas de la décision du Conseil supérieur des Oulémas marocain qui a déclaré comme étant dépassée la condamnation à mort pour les apostats: une décision prise avec un regard orienté sur la rive Nord et où le rôle joué par le Chef de l'État/Commandeurs des croyants a été crucial, en témoignant du passage vers un nouveau seuil de laïcisation dans lequel le roi pourrait jouer le rôle du Defender of faiths, de protecteur de la liberté de conscience de croyants et, plus en général encore, des citoyens: cf. https://www.morocoworldnews.com/2017_fevrier_207505/moroccos-high-religious-committee-says-apostates-should-not-be-killed/ (consulté le 7 février 2017).

Cf. aussi la *Déclaration de Marrakech* (26 janvier 2016) qui souligne dans son ouverture comment "la détérioration de la situation qui sévit dans différentes régions du monde islamique (...) conduit à l'affaiblissement ou à la dislocation du pouvoir central dans certaines régions" soit, au n. 16, le "accord" entre le "référentiel" de la "Charte de Médine" "avec la Charte des Nations Unies et ses annexes comme la Déclaration des Droits de l'Homme, avec respect de l'ordre public", <http://habous.gov.ma/fr/annonce-et-activite/C3%A9s-minist%C3%A8re/3107-d%C3%A9claration-de-marrakech-les-droits-des-minorit%C3%A9s-religieuses-dans-le-monde-islamique-%C2%BB.html> (consulté le 7 février 2017).



citoyenneté³³. Le processus de spécialisation religieuse de l'islam de la rive Sud et sa progressive autonomisation confessionnelle légitimée par les États de cette région pourrait favoriser, sur la rive Nord, une "normalisation" de la dimension étatique dans la gestion de la "question musulmane" et l'acceptation de la dimension transnationale de l'islam et de ses fidèles en tant que membres d'une croyance universelle et citoyens des sociétés civiles des deux rives. Par ailleurs, la spécialisation confessionnelle et l'autonomie religieuse de l'islam contribueraient à éviter d'attribuer aux leaders des associations musulmanes une représentation globale des intérêts des musulmans européens, au-delà du "domaine religieux", attitude qui peut rendre difficile l'émancipation des nouvelles générations. Le passage à une "laïcisation constitutionnelle" des États de la rive Sud assurerait ainsi une confessionnalisation plurielle de l'expérience religieuse musulmane; elle pourrait également favoriser au Nord l'assouplissement du poids des doubles citoyennetés et, plus généralement, une laïcisation de la société civile, une "laïcisation de la sécularisation" par un processus destiné à mieux intégrer la contribution des musulmans dans le pacte de citoyenneté. L'autonomie confessionnelle dans le Sud apparaît donc, soit comme le pré-supposé soit comme la conséquence d'un droit européen à la liberté religieuse ouvert au pluralisme culturel, religieux et juridique, et conforme à une citoyenneté sensible aux autonomies individuelles et associatives³⁴.

5 - Le rouleau compresseur de la contemporanéité: vers un nouveau paradigme

Si la question de l'autonomie confessionnelle de l'islam sur la rive Sud appartient encore à l'histoire à venir, l'érosion du modèle moderne du droit européen à la liberté religieuse est déjà une réalité. En effet, l'emprise du pouvoir régulateur étatique ne doit pas être surestimée et le droit à la liberté

³³ Cf. M.-C. FERJANI, *Printemps arabe et rapports entre le politique et le religieux*, dans ID. (dir.), *Religion et démocratisation en Méditerranée*, Paris, Riveneuve éditions, 2015, pp. 165-185, et D. MAGHRAOUI, S. ZERHOUNI, *Searching for Political Normalization: The Party of Justice and Development in Morocco*, dans Q. MECHAM, J. CHERNOV HWANG (dir.), *Islamist Parties and Political Normalization in the Muslim World*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014, pp. 112-133.

³⁴ Cf. S. FERRARI, *The transformations of freedom of religion and belief: reflecting on Europe today*, dans *Public Spirit*, <http://www.publicspirit.org.uk/the-transformations-of-freedom-of-religion-and-belief-reflecting-on-europe-today/>, en ligne le 24 janvier 2017 (consulté le 6 février 2017) et aussi, d'un angle différent, C. JOPPKE, *A Christian identity for the liberal state?*, dans *The British Journal of Sociology*, 64, 4, 2013, pp. 597-616, et ID., *Europe and Islam*, article cité (note 16).



religieuse européen se trouve aujourd'hui comme suspendu entre la dilution de sa spécificité dans une sécularisation entropique et une transformation qui, en confirmant son rôle politique initial, pourrait le revitaliser dans ce scénario pluraliste contemporain.

La crise du modèle moderne est évidente. En dépit de leur résistance, les États-nations européens expérimentent un changement profond des mécanismes d'exercice de la souveraineté et l'islam européen se retrouve alors face à des modèles État-Église particulièrement affaiblis³⁵. Cela signifie que, si l'islam doit se conformer à l'ancien paradigme, le pluralisme et la sécularisation coupent l'herbe sous les pieds des vieux piliers de ce modèle en les forçant à se transformer et en leur donnant une signification nouvelle. En outre, le caractère pluriel de l'islam est particulièrement en phase avec la déstructuration du droit moderne à la liberté religieuse à laquelle il contribue, pour cette raison, de façon importante.

En effet, le constitutionnalisme contemporain, horizontal et centré sur l'individu, tend d'abord à désinstitutionnaliser le droit à la liberté religieuse, en passant des confessions religieuses en tant qu'ordres juridiques externes à l'État aux associations religieuses en tant qu'expressions privées de la société civile. Ce même constitutionnalisme tend à déspecialiser le droit à la liberté religieuse en l'absorbant dans le panier commun des libertés de conscience, d'opinion, d'association et des principes d'égalité et non-discrimination³⁶.

Le fait de considérer les confessions religieuses comme des "associations d'utilité publique" ainsi que la "promotion de la religion" en tant que finalité de bienfaisance et d'intérêt public³⁷, encouragent aussi la désinstitutionnalisation des relations et des accords entre les administrations publiques et les groupes religieux ; ils traduisent le passage des concordats internationaux (ou des ententes entre ordres juridiques différents) aux contrats entre partenaires agissant à l'intérieur d'un même cadre. Ces changements indiquent soit le passage de l'interventionnisme direct au contrôle étatique "externe" d'activités laissées de plus en plus à la responsabilité du marché, soit le transfert conséquent aux citoyens-fidèles de la responsabilité du soutien financier direct des religions. En même

³⁵ Cf. l'intervention de **P. PORTIER**: http://www.liberation.fr/debats/2017_fevrier13/philippe-portier-en-europe-du-nord-les-eglises-protestantes-ont-accompagne-la-modernisation-et-la-pl_1548237 (consulté le 18 février 2017).

³⁶ Le rapport 2016 de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne ne consacre aucune attention au droit à la liberté religieuse: <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/fundamental-rights-report-2016> (consulté le 6 février 2017)

³⁷ Cf. **F. CURTIT**, *La fiscalité des cultes en Europe: vers la fin de la singularité religieuse?*, dans *Revue du Droit des Religions*, 1, 2016, pp. 39-54.



temps, ces changements donnent un nouveau rôle politique aux religions en transformant radicalement le sens de la séparation.

Le "privé" de la laïcité moderne se référait à des institutions religieuses séparées de l'État et (progressivement) autonomes dans leur dimension proprement théologique. Cette "privatisation" se fondait sur la conscience d'une altérité religieuse et, souvent, sur la conscience du caractère fondamentaliste et antimoderne des religions. Au contraire, le "privé" de la laïcité contemporaine se réfère à des associations religieuses incorporées dans la société civile et reconnues porteuses d'un intérêt public. Cette "privatisation" oublie donc l'altérité religieuse et érode ainsi le consensus juridique et social à l'égard des exceptions religieuses - et donc à l'égard du droit à la liberté religieuse lui-même - de plus en plus perçues comme des privilèges injustifiés. Comme on l'a dit à propos des "religions constitutionnelles", la reconnaissance de ce rôle public exige une domestication supplémentaire des confessions religieuses et leur fidélité aux valeurs partagées par la majorité. Mais le prix de cette reconnaissance est la difficulté à accepter des styles de vie religieux perçus comme contraires aux droits de l'homme lorsque ceux-ci sont interprétés à la lumière d'une rationalité inspirée du "progressisme laïque", à un libéralisme qui devient intolérant ou même schmittien quand il réactive contre les individus et les groupes (minoritaires) le mythe d'une suprématie étatique réfractaire à tout accommodement³⁸.

Cette tension entre les paradoxes et les contradictions de la laïcité moderne ("qui sépare mais libère") et de la laïcité contemporaine ("qui reconnaît mais homogénéise") est inévitable. D'une part, les deux types de laïcités présupposent la souveraineté politique de l'État pour assurer l'efficacité des droits, qu'ils soient spécifiques ou non. D'autre part, bien que la sécularisation contemporaine érode fortement les frontières des États et des communautés religieuses, il est difficile d'imaginer à la fois l'évaporation complète d'une normativité juridique qui s'est développée dans des contextes communautaires auto-qualifiés comme religieux, et une autorité politique capable d'ignorer l'orientation religieuse de ces producteurs du droit. Par conséquent, il est difficile aussi d'envisager la

³⁸ Cf. **O. ROY**, *Rethinking the Place of Religion in European Secularized Societies: the Need for More Open Societies*, Conclusions of the Research Project ReligioWest (March 2016), http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/40305/RSCAS_Research_Project_Conclusion.pdf?sequence=3&isAllowed=y (consulté le 7 février 2017); **T. TRIADAFILOPOULOS**, *Illiberal Means to Liberal Ends? Understanding Recent Immigrant Integration Policies in Europe*, dans *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 37, 6, 2011, pp. 861-880; **C. JOPPKE**, *Europe and Islam*, art. cité (note 16), pp. 1314-1335, et **S. DOSSA**, *Liberals and Muslims: Philosophy and Conquest*, dans *Arab Studies Quarterly*, 37, 1, 2015, pp. 54-72.



disparition d'un droit européen à la liberté religieuse doté d'un certain degré de spécificité.

Ainsi, la tension entre, d'une part les nouveaux horizons dessinés par des religions constitutionnelles et des droits détachés de toute spécificité religieuse, et d'autre part les héritages du droit moderne spécifique à la liberté religieuse, marquera encore l'histoire juridique et politique de cette liberté.

Pour ces raisons il est difficile de dire que l'Europe n'a que son passé devant elle³⁹ alors que les musulmans contribuent à construire si fortement l'avenir même de ce continent.

³⁹ Cf. G. DELANTY, *Europe in world regional perspective: formations of modernity and major historical transformations*, dans *British Journal of Sociology*, 66, 3, 2015, pp. 420-440.