

La conviction religieuse et la conciliation des droits fondamentaux en droit civil allemand

Bernhard Kresse



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/293>

DOI : 10.4000/rdr.293

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 1 mai 2019

Pagination : 63-79

ISBN : 979-10-344-0045-4

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Bernhard Kresse, « La conviction religieuse et la conciliation des droits fondamentaux en droit civil allemand », *Revue du droit des religions* [En ligne], 7 | 2019, mis en ligne le 25 novembre 2019, consulté le 25 janvier 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/293> ; DOI : 10.4000/rdr.293



La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

LA CONVICTION RELIGIEUSE ET LA CONCILIATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN DROIT CIVIL ALLEMAND

Bernhard KRESSE

Technische Universität Dortmund

RÉSUMÉ

En tant que valeur constitutionnelle, la liberté de religion peut prendre effet dans les relations de droit privé à travers l'application des clauses générales de la loi. En droit du travail notamment, le droit à l'autonomie des Églises doit être mis en balance avec les droits fondamentaux de leurs employés pour définir et pondérer les obligations de loyauté de ceux-ci. De même, la liberté de religion individuelle peut entrer en conflit avec les droits fondamentaux d'un cocontractant, particulièrement en droit du travail et en matière de bail. En général, les tribunaux, et surtout le *Bundesverfassungsgericht*, attachent une plus grande importance à la liberté de religion qu'aux valeurs constitutionnelles en conflit, ce qui n'exclut pourtant pas que celles-ci l'emportent dans certains cas.

ABSTRACT

As a constitutional value, freedom of religion needs to be taken into account in private law relationships through the application of general clauses. Particularly in labor law, the Churches' right to self-determination must be weighed against the fundamental rights of their employees in order to define and balance their obligations of loyalty. Similarly, individual freedom of religion may conflict with a co-contractor's fundamental rights, especially in labor law and tenancy law. In general, the courts and especially the *Bundesverfassungsgericht* attach greater importance to freedom of religion than to conflicting interests, although this does not exclude that these prevail in specific cases.

1. L'AMÉNAGEMENT DES NORMES ET L'EFFET INDIRECT DES DROITS FONDAMENTAUX

1.1. LES LIMITES DU DÉVELOPPEMENT DU DROIT PAR LE JUGE

Selon l'article 20 al. 3 de la Constitution allemande (Loi fondamentale, *Grundgesetz* – GG), le juge est « tenu par la loi et le droit ». Étant donné que la notion de « loi » ne coïncide pas entièrement avec celle du « droit »¹, il est admis en jurisprudence constitutionnelle que le juge a vocation de participer au développement du droit au lieu de n'être que la « bouche de la loi »². Cependant, le pouvoir judiciaire dans le développement du droit trouve ses limites dans la séparation des pouvoirs qui ressort également de l'article 20 al. 3 GG, ainsi que dans le principe de la démocratie reconnu comme principe fondamental de l'ordre constitutionnel allemand dans l'article 20 al. 2 GG³. Bien que le juge ne soit alors pas lié par la lettre de la loi dans tous les cas⁴ et peut – par exemple par analogie ou par « réduction téléologique » qui constitue l'homologue méthodologique de l'analogie puisqu'elle vise à la non-application d'une norme à une situation couverte par son libellé pour des raisons téléologiques – s'en écarter dans certaines conditions⁵, il a néanmoins l'obligation de prendre en compte l'esprit de la loi et la volonté du législateur. Le *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal constitutionnel fédéral) a énoncé à plusieurs reprises, et encore récemment de manière non équivoque⁶, qu'un jugement ou un arrêt qui ne se conforme pas à la volonté du législateur est inconstitutionnel⁷. Dans aucun cas le juge ne peut, par voie d'interprétation de la loi, donner à celle-ci un contenu qui va à l'encontre de la lettre, l'histoire, le contexte systématique ou l'objectif de la

1. V. par ex. *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal fédéral constitutionnel, ci-après: BVerfG), 30 mars 1993 – aff. 1 BvR 1045/89 et a., *Konkursvergütung: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (ci-après: BVerfGE), t. 88, p. 145-168, juris n° 67.
2. V. BVerfG, 14 févr. 1973 – aff. 1 BvR 112/65, Soraya: BVerfGE, t. 34, p. 269-293, juris n° 38; M. JACHMANN-MICHEL, « Art. 95 », in TH. MAUNZ et al., *Grundgesetz Kommentar*, München, Beck, 84^e livraison complémentaire, août 2018, n° 13.
3. M. JACHMANN-MICHEL, « Art. 95 », *op. cit.* (note 2), n° 16.
4. I. SCHMIDT, « Einleitung », in R. MÜLLER-GLÖGE et al., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München, Beck, 19^e éd. 2019, n° 77.
5. BVerfG, 30 mars 1993, précit. (note 1), juris n° 67.
6. BVerfG, 6 juin 2018 – aff. 1 BvL 7/14 et a.: *Neue Juristische Wochenschrift* (ci-après: NJW), n° 35, 2018, p. 2542-2549, juris n° 73 s. et principe directeur (« Leitsatz ») n° 3.
7. BVerfG, 14 juin 2007 – aff. 2 BvR 1447/05 et a., *Strafzumessungsfehler: BVerfGE*, t. 1118, p. 212-244, juris n° 121; BVerfG, 25 janv 2011 – aff. 1 BvR 918/10, *Geschiedenenunterhalt: BVerfGE*, t. 128, p. 193-224, juris n° 68 ss.; BVerfG, 11 juill. 2012 – aff. 1 BvR 3142/07 et a., *Delisting: BVerfGE*, t. 132, p. 99-133, juris n° 75.

norme concernée⁸. Le développement ou l'aménagement du droit par le juge ne peut avoir pour conséquence que « le juge substitue ses propres jugements de valeur à la place des jugements de valeur donnés par le législateur⁹ » ; tout développement du droit par le juge doit se faire impérativement en utilisant les moyens inhérents au système juridique¹⁰.

Donc, il paraît difficile dans le système juridique allemand de concevoir que le juge puisse écarter (ou « adapter ») tout simplement une disposition légale en raison d'un conflit de valeurs et au motif que l'application aurait des effets indésirables ou même inconciliables avec la Constitution, à moins que la norme concernée ne s'ouvre elle-même à de telles considérations en raison de sa lettre, son histoire, son contexte systématique ou son objectif¹¹. Il existe, cependant, d'autres démarches méthodologiques que le juge a le droit et le devoir de suivre pour protéger les libertés individuelles – notamment les droits fondamentaux reconnus dans la Loi fondamentale, y compris la liberté de religion –, tout en respectant le contenu de la disposition concernée. Si, très exceptionnellement, de telles démarches ne sont pas possibles, il reste au juge à surseoir à statuer en appliquant l'article 100 GG et à soumettre la disposition en cause au contrôle de constitutionnalité du *Bundesverfassungsgericht*. Le *Bundesverfassungsgericht* ayant le monopole de déclarer inconstitutionnelles des dispositions légales (à l'exception des lois préconstitutionnelles¹²), le juge ne pourra renoncer à l'application de la norme en cause que si le *Bundesverfassungsgericht* l'a déclarée inconstitutionnelle et nulle suite à une demande judiciaire de contrôle de constitutionnalité.

8. BVerfG, 7 avr. 1997 – aff. 1 BvL 11/96, Arbeitskampf: NJW, n° 34, 1997, p. 2230-2231, juris n° 11; BVerfG, 25 janv. 2011, précit. (note 7), juris n° 68.

9. BVerfG, 11 juill. 2012, précit. (note 7), juris n° 75; BVerfG, 6 juin 2018, précit. (note 6), juris n° 73.

10. BVerfG, 14 févr. 1973, précit. (note 2), juris n° 45; BVerfG, 25 janv. 2011, précit. (note 7), juris n° 55.

11. V. S. KAMNABROU, obs. BVerfG, 6 juin 2018, précit. (note 6) : *Juristenzeitung* (ci-après : *JZ*), n° 18, 2018, p. 886-889 (V. p. 888).

12. BVerfG, 14 févr. 1973 précit. (note 2), juris n° 45.

1.2. LA QUALITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX ET LEUR PRISE EN COMPTE DANS LES RELATIONS DE DROIT PRIVÉ

Les droits fondamentaux définis tout au début de la Loi fondamentale sont avant tout des droits de défense vis-à-vis de l'État¹³. En premier lieu, ils ont en effet pour but de protéger les particuliers contre des abus de pouvoir du fait de l'État¹⁴. Or, il résulte d'une jurisprudence constante du *Bundesverfassungsgericht* que les droits fondamentaux portent aussi le caractère de valeurs consacrées par la Constitution¹⁵. En cette qualité, ils doivent être pris en compte aussi dans les relations du droit privé. Bien qu'au vu de leur fonction principale – comme droit de se défendre à l'égard de l'autorité publique – une application directe des droits fondamentaux ainsi que leur opposabilité dans les relations purement privées soient exclues par principe, les clauses générales du droit civil peuvent néanmoins leur servir de portes d'entrée en raison de leur qualité de valeurs constitutionnelles¹⁶.

Il s'agit par exemple de la notion de bonnes mœurs selon le § 138 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB – Code civil allemand), mais surtout du principe de bonne foi affirmé dans le § 242 BGB qui ne régit pas seulement le droit civil dans son entier, mais fait partie intégrante de l'ordre juridique allemand dans son ensemble¹⁷. Notamment, l'obligation générale de respect mutuel énoncée dans le § 241 al. 2 BGB est une concrétisation du principe de bonne foi¹⁸. Pareillement, le droit d'une des parties contractantes de déterminer la prestation à sa discrétion en conformité avec le § 315 BGB¹⁹

13. BVerfG, 15 janv. 1958 – aff. 1 BvR 400/51, Lüth: *BVerfGE*, t. 8, p. 198-230, juris n° 25; BVerfG, 2 mai 1967 – aff. 1 BvR 578/63, Sozialversicherungsträger: *BVerfGE*, t. 21, p. 362-378, juris n° 36.

14. BVerfG, 8 juill. 1982 – aff. 2 BvR 1187/80, Sasbach: *BVerfGE*, t. 61, p. 82-118, juris n° 56; BVerfG, 31 oct. 1984 – aff. 1 BvR 35/82 et a., Zahntechniker-Innung: *BVerfGE*, t. 68, p. 193-226, juris n° 36.

15. BVerfG, 15 janv. 1958, précit. (note 13), juris n° 26; BVerfG, 20 déc. 1979 – aff. 1 BvR 385/77, Mülheim-Kärlich: *BVerfGE*, t. 53, p. 30-96, juris n° 53; BVerfG, 29 oct. 1987 – aff. 2 BvR 624/83 et a., C-Waffen-Einsatz: *BVerfGE*, t. 77, p. 170-240, juris n° 101; V. aussi U. DI FABIO, « Grundrechte als Werteordnung », *JZ*, n° 1, 2004, p. 1-8.

16. BVerfG, 15 janv. 1958, précit. (note 13), juris n° 27 s.; BVerfG, 11 mai 1976 – aff. 1 BvR 671/70, Deutschland-Magazin: *BVerfGE*, t. 42, p. 143-162, juris n° 11; BVerfG, 23 avr. 1986 – aff. 2 BvR 487/80, Hausbrandkohle: *BVerfGE*, t. 73, p. 261-280, juris n° 25.

17. BVerfG, 19 oct. 1993 – aff. 1 BvR 567/89 et a., Bürgschaftsvertrag: *BVerfGE*, t. 89, p. 214-236, juris n° 47 s.

18. Bundesarbeitsgericht (Tribunal fédéral de travail, ci-après: BAG), 10 oct. 2002 – aff. 2 AZR 472/01: *Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts* (ci-après: *BAGE*), t. 103, p. 111-123, juris n° 39 s.; Landgericht (comparable à un tribunal de grande instance en France, ci-après: LG) Bonn, 20 mars 2015 – aff. 1 O 365/14, juris n° 36.

19. BAG, 10 oct. 2002, précit. (note 18), juris n° 40.

ou – particulièrement important par rapport aux implications de la liberté de religion – le pouvoir de direction de l'employeur prévu dans le § 106 de la *Gewerbeordnung* (GewO – Code des professions de l'artisanat, du commerce et de l'industrie) doivent être exercés « de façon juste et équitable », c'est-à-dire en conformité avec le principe de bonne foi. Ceci implique une mise en balance des intérêts en cause tout en prenant en compte les valeurs constitutionnelles exprimées dans les droits fondamentaux²⁰, par exemple le droit de l'employeur au libre exercice de sa profession²¹ et, le cas échéant, la liberté de religion du salarié ou bien aussi de l'employeur²².

Ainsi, si l'employeur dépasse les limites de son pouvoir de direction conféré par le § 106 GewO, le salarié peut refuser d'exécuter sa prestation de travail en vertu du § 275 al. 3 BGB, car étant donnée la mise en balance des intérêts en cause, l'exécution de la prestation du travail ne peut pas être « raisonnablement exigée »²³. Par suite, le licenciement du salarié concerné peut être « socialement injustifié » selon les termes du § 1 du *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG – Loi sur la protection de l'emploi)²⁴. Il existe donc une multitude de clauses générales en application desquelles les droits fondamentaux peuvent prendre effet dans des relations juridiques entre particuliers.

1.3. LA NÉCESSITÉ DE LA MISE EN BALANCE DE VALEURS CONSTITUTIONNELLES CONTRADICTOIRES

Lorsque dans une situation spécifique se pose un conflit de valeurs constitutionnelles contradictoires, en particulier de droits fondamentaux, les tribunaux sont tenus de décider quelle valeur prévaut en l'espèce²⁵. Or, cette décision doit être prise au vu du principe de l'unité de la Constitution qui est, selon le *Bundesverfassungsgericht*, « le principe général d'interpréta-

20. R. WANK, « § 106 GewO », in P.J. TETTINGER, R. WANK, J. ENNUSCHAT, *Gewerbeordnung Kommentar*, Munich, Beck, 8^e éd. 2011, n° 14, 20 s.

21. BVerfG, 30 juill. 2003 – aff. 1 BvR 792/03, *Kopftuch am Arbeitsplatz*: NJW, n° 39, 2003, p. 2815-2816, juris n° 15 s.; BAG, 10 oct. 2002, précit. (note 18), juris n° 40; LG Bonn, 20 mars 2015, précit. (note 18), juris n° 40.

22. BVerfG, 30 juill. 2003, précit. (note 21), juris n° 15 s.; BAG, 10 oct. 2002, précit. (note 18), juris n° 40 s.; LG Bonn, 20 mars 2015, précit. (note 18), juris n° 37 s.

23. R. MÜLLER-GLÖGE, « § 611 BGB », in F.J. SÄCKER *et al.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 4, Munich, Beck, 7^e éd. 2016, n° 304.

24. BAG, 24 févr. 2011 – aff. 2 AZR 636/09: *BAGE*, t. 137, p. 164-177, juris n° 41 s.; V. aussi BAG, 24 mai 1989 – aff. 2 AZR 285/88: *BAGE*, t. 62, p. 59-64, juris n° 53 s., sur les critères de la justification sociale d'un licenciement dans un tel cas.

25. BVerfG, 26 mai 1970 – aff. 1 BvR 83/69 *et a.*, *Kriegsdienstverweigerung*: *BVerfGE*, t. 28, p. 243-246, juris n° 58.

tion prioritaire», la Constitution ayant la qualité d'une « structure pourvue d'un sens logique et téléologique » dont « l'essence [...] consiste en un ordre homogène de la vie politique et sociale de la communauté étatique²⁶ ». Par conséquent, les droits protégés par la Constitution dans la résolution de problèmes sont attribués de telle manière que chacun d'eux devienne une réalité; du principe de l'unité de la Constitution découle la tâche d'une optimisation²⁷. La valeur constitutionnelle qui, dans un conflit concret, est estimée la plus faible ne peut alors être limitée que dans la mesure qui semble nécessaire dans la logique et dans le système de la Constitution. Sa valeur matérielle fondamentale doit en tout cas être respectée²⁸.

Ainsi, le conflit de valeurs constitutionnelles antagonistes est résolu par leur mise en balance de façon circonspecte, dans une « concordance pratique » des valeurs en cause²⁹. C'est en appliquant cette méthode que le *Bundesverfassungsgericht* a, dans une fameuse décision, déclaré nulle une disposition bavaroise qui, pour toutes les écoles publiques, prévoyait l'installation d'un crucifix dans chaque salle de cours de façon obligatoire. Le *Bundesverfassungsgericht* a considéré qu'en l'espèce la liberté de religion négative des élèves garantie par l'article 4 al. 1^{er} et 2 GG prévalait sur la mission éducative de l'État prévue par l'article 7 al. 1^{er} GG, tout en affirmant pourtant le droit des écoles publiques d'organiser des événements religieux préservant le principe de volontariat pour les élèves³⁰. Les deux valeurs constitutionnelles – liberté de religion et mission éducative – se trouvaient donc en concordance pratique.

26. BVerfG, 14 déc. 1965 – aff. 1 BvR 413/60 et a., Kirchenbausteuer: *BVerfGE*, t. 19, p. 206-226, juris n° 43: « Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein. »

27. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 20^e éd. 1999, n° 72.

28. BVerfG, 26 mai 1970, précit. (note 25), juris n° 58.

29. BVerfG, 17 déc. 1975 – aff. 1 BvR 63/68, Simultanschule: *BVerfGE*, t. 41, p. 29-64, juris n° 67; BVerfG, 16 mai 1995 – aff. 1 BvR 1087/91, Kruzifix: *BVerfGE*, t. 93, p. 1-37, juris n° 51.

30. BVerfG, 16 mai 1995, précit. (note 29), juris n° 57.

2. LA CONVICTION RELIGIEUSE ET SA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

2.1. L'ASPECT INSTITUTIONNEL : LE DROIT À L'AUTONOMIE DES ÉGLISES

2.1.1. L'OBLIGATION DE L'ÉTAT DE RESPECTER LES CONVICTIONS RELIGIEUSES DÉFINIES PAR LES ÉGLISES

Dans les relations contractuelles, la protection constitutionnelle des convictions religieuses donne lieu à des conflits juridiques relatifs à un aspect institutionnel et un aspect individuel. L'aspect institutionnel concerne les Églises – catholique et protestante – en tant que personnes morales de droit public. Selon l'article 137 al. 3 de la Constitution du Reich allemand du 11 août 1919, dite Constitution de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung* – WRV), qui fait partie de la Loi fondamentale selon l'article 140 de celle-ci, les Églises, comme toute société religieuse, jouissent d'un droit à l'autonomie quant à la gestion de leurs affaires³¹ en tant qu'expression de la séparation de l'Église et de l'État³². Bien que selon l'article 137 al. 3 WRV les Églises, en exerçant cette liberté, doivent respecter les limites posées par les lois générales³³, il s'agit d'une valeur constitutionnelle qui peut être mise en balance avec d'autres valeurs pour établir une concordance pratique³⁴. L'application des lois générales ne doit donc pas mener à ce que la liberté de l'Église soit vidée de sa substance, ce d'autant plus qu'elle est renforcée par la liberté de religion institutionnelle protégée aussi par l'article 4 al. 1^{er} et 2 GG³⁵.

Selon la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*, la liberté de l'Église comprend le droit de celle-ci de définir elle-même de façon autonome les obligations de loyauté à satisfaire par ses employés, les tribunaux étatiques pouvant exercer seulement un contrôle de plausibilité par rapport aux convictions religieuses définies par les Églises elles-mêmes. Ce contrôle de plausibilité permet alors de vérifier si une certaine obligation de loyauté est l'expression d'une norme de croyance établie par l'Église et l'importance

31. Une traduction française de l'article 137 WRV se trouve sous CJUE, 17 avr. 2018, aff. C-414/16, *Egenberger*, n° 11.

32. BAG, 25 avr. 2013 – aff. 2 AZR 579/12: *BAGE*, t. 145, p. 90-106, juris n° 27; V. aussi S. KORIOU, « Zu Art. 40 GG: Art. 137 WRV », in Th. MAUNZ *et al.*, *op. cit.* (note 2), n° 17.

33. Art. 137 al. 3, 1^{re} phrase WRV: « Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. »

34. BVerfG, 4 juin 1985 – aff. 2 BvR 1703/83 *et a.*, *kirchliches Kündigungsrecht: BVerfGE*, t. 70, p. 138-173, juris n° 61; BVerfG, 22 oct. 2014 – aff. 2 BvR 661/12, *Chefarzt-Entscheidung: BVerfGE*, t. 137, p. 273-345, juris n° 81, 177.

35. BVerfG, 4 juin 1985, précit. (note 34), juris n° 39; BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 81.

qui doit être attribuée à une violation de cette obligation selon les propres conceptions de l'Église³⁶. Par contre, il n'est pas permis au juge de substituer aux normes de croyance telles qu'elles sont établies et vécues par l'Église une compréhension de ces normes lui paraissant plus convenable ou plus juste³⁷.

D'après les normes religieuses établies par les Églises catholique et protestante, le service du Seigneur exige la proclamation de l'Évangile (témoignage), le culte (célébration) et le service pour autrui dans la foi (charité)³⁸. Par conséquent, la gestion d'hôpitaux, mais aussi la gestion de jardins d'enfants ou d'autres établissements caritatifs, fait partie de l'œuvre de salut du Christ et donc de la mission ecclésiale sous l'aspect de la charité,³⁹ d'où il suit que l'Église peut faire valoir son droit à l'autonomie quant à l'aménagement de ce service et quant aux obligations de loyauté qu'elle impose à son personnel. Ainsi, concernant l'Église catholique, le juge est tenu de respecter et d'appliquer le règlement fondamental (*Grundordnung* – GrO) régissant les conditions de travail au sein de l'Église adopté par les archevêques et évêques catholiques en Allemagne⁴⁰. Selon l'article 4 al. 1^{er} GrO, les hauts responsables dans les entreprises ecclésiales sont obligés de conduire leur vie selon les principes de la doctrine catholique pour tout ce qui concerne la foi et la morale. Notamment, il est mentionné dans l'article 5 al. 2 GrO que la conclusion d'un mariage civil invalide selon le droit canonique peut constituer une violation grave de l'obligation de loyauté. Selon le canon 1085 § 1 Codex Iuris Canonici (CIC) promulgué par la constitution apostolique *Sacrae disciplinae leges* du pape Jean-Paul II, du 25 janvier 1983⁴², le mariage est invalide s'il a été conclu par une personne tenue par le lien d'un mariage antérieur.

Tel est le raisonnement par lequel le *Bundesarbeitsgericht*, la cour suprême allemande en matière de droit du travail, et ensuite le *Bundesverfassungsgericht*, ont jugé qu'un mariage conclu par le médecin-chef d'un hôpital

36. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 81, 114 s.; V. aussi BVerfG, 4 juin 1985, précit. (note 34), juris n° 63 s.

37. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 88 s., 114 s.; V. aussi BVerfG, 4 juin 1985, précit. (note 34), juris n° 64.

38. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 5, 102, en se référant à l'article 2 du décret de l'apostolat des laïcs (*Apostolicam Actuositatem*) du concile Vatican II par rapport à la conception catholique; V. aussi BVerfG, 4 juin 1985, précit. (note 34), juris n° 55.

39. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 147.

40. Disponible en ligne: https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VDD/Grundordnung_GO-30-04-2015_final.pdf [consulté le 8 déc. 2018].

41. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 10, 155 s.

42. Disponible en ligne: http://www.vatican.va/archive/FRA0037/_INDEX.HTM [consulté le 8 déc. 2018].; V. aussi CJUE, 11 sept. 2018, aff. C-68/17, *IR/JQ*, n° 18.

catholique à la suite du divorce de sa première épouse constitue une violation grave de son obligation de loyauté qui peut, en principe, justifier le licenciement⁴³. Un raisonnement similaire s'applique lorsque la directrice d'un jardin d'enfants catholique conclut un mariage civil avec un homme divorcé⁴⁴. Pareillement, un employeur ecclésial peut interdire en principe à une infirmière de porter le foulard islamique en vertu de son pouvoir de direction, étant donné qu'il s'agit d'un symbole de l'appartenance à la foi islamique et que la communication de l'appartenance à une autre religion constitue une violation de l'obligation de loyauté⁴⁵.

2.1.2. LA BALANCE ENTRE LA LIBERTÉ DES ÉGLISES ET LES DROITS FONDAMENTAUX DE LEURS EMPLOYÉS

Dans un second temps, lorsque le juge a déterminé la violation d'une obligation de loyauté selon les critères que l'Église a énoncés en application de son droit à l'autonomie, celui-ci doit être mis en balance avec le droit du salarié à sa vie privée qui fait partie intégrale de son propre droit à l'autodétermination constitutionnellement protégé par l'article 2 al. 1^{er} GG⁴⁶. Lorsqu'il s'agit d'un licenciement en raison d'un mariage invalide selon le droit canonique, le droit du salarié à la protection du mariage et de la famille qui est garanti par l'article 6 al. 1^{er} GG est aussi en cause. Dans le contexte d'une mise en balance pour arriver à une concordance pratique des valeurs constitutionnelles en conflit, une controverse entre le *Bundesarbeitsgericht* et le *Bundesverfassungsgericht* s'est développée récemment à l'occasion du cas du médecin-chef susmentionné : bien qu'en principe le *Bundesarbeitsgericht* et le *Bundesverfassungsgericht* attribuent un « poids particulièrement important » à la liberté des Églises⁴⁷ et estiment que la violation de l'obligation de loyauté commise par le médecin-chef soit grave⁴⁸, les approches suivies par les deux tribunaux sont différentes dans les détails.

43. BAG, 8 sept. 2011 – aff. 2 AZR 543/10 : *BAGE*, t. 139, p. 144-155, juris n° 19 s. ; BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 10.

44. BAG, 25 avr. 1978 – aff. 1 AZR 70/76 : *BAGE*, t. 30, p. 247-265, juris n° 38 s., en se référant aux canons 1110, 1118 CIC (V. n° 39 de l'arrêt).

45. BAG, 24 sept. 2014 – aff. 5 AZR 611/12 : *BAGE*, t. 149, p. 144-168, juris n° 48 ; V. aussi R. MÜLLER-GLOËGE, « § 611 BGB », *op. cit.* (note 23), n° 305.

46. BAG, 8 sept. 2011, précit. (note 43), juris n° 38 ; BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 124.

47. BAG, 8 sept. 2011, précit. (note 43), juris n° 18 ; BVerfG, 4 juin 1985, précit. (note 34), juris n° 61 ; BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 85, 106, 125.

48. BAG, 8 sept. 2011, précit. (note 43), juris n° 39 ; BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 156.

Tandis que le *Bundesarbeitsgericht* examine pour chacune des valeurs en cause les circonstances concrètes qui renforcent ou affaiblissent son poids dans la mise en balance en considérant d'abord l'intérêt de l'Église⁴⁹ et ensuite celui de l'employé⁵⁰, le *Bundesverfassungsgericht* dans sa décision sur le recours constitutionnel de l'hôpital-employeur refuse expressément cette démarche⁵¹. Tout en soulignant que le « poids particulièrement important » de la liberté de l'Église n'implique pas sa prédominance par principe⁵², il considère comme inadmissible par principe une évaluation juridictionnelle autonome de l'importance ou du poids de l'intérêt juridique de l'Église en cause, puisqu'il ressort de la compétence exclusive de l'Église de définir l'importance de ses intérêts étroitement liés à la mission ecclésiale. Le *Bundesarbeitsgericht* ne pouvait donc pas, sans porter atteinte à la Constitution, considérer que certains aspects de l'espèce affaiblissent le poids de la liberté de l'Église. Il fait partie de l'autonomie de l'Église et il incombe donc uniquement à celle-ci et non pas au juge d'évaluer le poids et l'importance d'une violation d'une obligation de loyauté; le juge étatique n'a pas le droit d'imposer aux Églises sa propre conception de l'importance des convictions religieuses et des normes de croyance⁵³. Par contre, il aurait été admissible de développer des arguments par rapport au poids particulièrement important de la position juridique antagoniste de l'employé⁵⁴. Le *Bundesverfassungsgericht* souligne que cette interprétation de la liberté des Églises est en pleine conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁵, notamment parce que les articles 4 s. GrO énoncent des distinctions relatives aux fonctions concrètes de l'employé concerné dans l'organisme ecclésial employeur, s'agissant notamment de la proximité ou non de ses responsabilités avec la proclamation de l'Évangile ou du fait qu'il occupe ou non un poste de direction, pour évaluer l'importance d'une violation d'une obligation de loyauté⁵⁶.

49. BAG, 8 sept. 2011, précit. (note 43), juris n° 39 pour les aspects renforçant la position de l'Église et n° 40 s. pour les aspects qui l'affaiblissent.

50. *Ibid.*, juris n° 45 s.

51. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 163 s.

52. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 125.

53. Dans ce sens aussi: P. MELOT DE BEAUREGARD, « Ende eines Sonderwegs? Zum Stand des kirchlichen Arbeitsrechts », *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report*, n° 5, 2012, p. 225–232 (V. p. 230).

54. BVerfG, 22 oct. 2014, précit. (note 34), juris n° 163.

55. *Ibid.*, juris n° 127 s.

56. *Ibid.*, juris n° 134; V. aussi K. KLOCKE, H. WOLTERS, « Die Reichweite der Religionsfreiheit im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse », *Betriebs-Berater*, n° 25, 2018, p. 1460-1465 (V. p. 1461).

2.1.3. CHANGEMENT DE PARADIGME EN LIEN AVEC LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE ?

Après la cassation et l'annulation de l'arrêt du *Bundesarbeitsgericht* par le *Bundesverfassungsgericht* dans l'affaire du médecin-chef, le *Bundesarbeitsgericht* a adressé une demande de décision préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁵⁷, ce qui a été qualifié en doctrine de « rébellion ouverte⁵⁸ » contre la juridiction constitutionnelle⁵⁹. Or, ses questions préjudicielles portaient uniquement sur l'appréciation juridique du fait que l'employeur ecclésial en cause déterminait l'étendue des obligations de loyauté de ses employés notamment par rapport à leur appartenance ou non au catholicisme, conformément à l'article 4 GrO, ce qui, selon le *Bundesarbeitsgericht*, pourrait constituer une discrimination fondée sur la religion, au sens de la directive 2000/78/CE, non justifiée par une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée⁶⁰. Nonobstant le caractère limité de l'objet des questions préjudicielles⁶¹, la CJUE, dans son arrêt *IR/JQ* du 11 septembre 2018, a saisi l'occasion pour se prononcer de façon plus fondamentale sur l'étendue de la liberté des Églises et sur le rôle du pouvoir judiciaire pour apprécier les obligations de loyauté définies en fonction des normes de croyances établies par les Églises sur la base de leurs convictions religieuses⁶².

En effet, la Cour de justice a jugé que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion revêt un caractère impératif en tant que principe général du droit de l'Union désormais consacré dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La décision d'une Église de soumettre ses employés exerçant des fonctions d'encadrement à des exigences d'attitude de bonne foi et de loyauté envers son éthique, distinctes en fonction de la confession ou de l'absence de confession de ces employés, doit donc pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif. Lors d'un tel contrôle, la juridiction nationale saisie doit s'assurer que, au regard de la nature des activités professionnelles concernées ou du contexte dans lequel elles sont exercées, la religion constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée

57. BAG, 28 juill. 2016 – aff. 2 AZR 746/14: *BAGE*, t. 156, p. 23-37, voir le dispositif de l'ordonnance.

58. K. KLOCKE, H. WOLTERS, art. cit. (note 56), p. 1460.

59. V. aussi R. WEIS, « Die Luxemburger Gretchenfrage oder: Ist § 9 AGG europarechtswidrig? », *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (ci-après: *EuZA*), n° 2, 2017, p. 214-227 (V. p. 221).

60. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

61. V. BAG, 28 juill. 2016, précit. (note 57), juris n° 28.

62. CJUE, 11 sept. 2018, précit. (note 42), n° 43 s.

eu égard à l'éthique en question⁶³. Ces considérations de la Cour de justice impliquent une restriction considérable de la liberté des Églises en matière de droit du travail par rapport à la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*⁶⁴.

L'une des deux possibilités qui restent aux Églises pour continuer à imposer des obligations de loyauté avec un effet important par rapport à la vie privée semble de ne simplement plus faire de distinction selon l'affiliation religieuse des employés, mais uniquement selon les responsabilités de l'employé et leur proximité avec la proclamation de l'Évangile ou selon que l'employé occupe ou non un poste de direction. Dans ce cas, toute discrimination est effectivement évitée. Pourtant, selon le canon 11 CIC, les lois purement ecclésiastiques, comme l'interdiction d'un deuxième mariage – même civil – après un divorce, ne lient que « les baptisés dans l'Église catholique ou ceux qui y ont été reçus »⁶⁵. Suite à l'arrêt de la CJUE, des obligations de loyauté fondées sur des lois purement ecclésiastiques ne pourraient plus être appliquées.

La seconde possibilité consiste à n'embaucher pour de tels postes que des personnes ayant la même confession que l'employeur ecclésial⁶⁶. Cette possibilité n'est pas exclue de principe par les arrêts *Egenberger*⁶⁷ et *IR/JQ*⁶⁸ de la Cour de justice, bien qu'il s'agisse d'une différence de traitement fondée sur la religion : la nécessité d'assurer une représentation crédible de l'employeur ecclésial constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au sens de l'article 4 § 2 al. 1^{er} de la directive 2000/78/CE⁶⁹ ; de telles exigences professionnelles peuvent servir de justification dans le cadre du principe de non-discrimination en droit primaire⁷⁰. Or, la notion de représentation ne peut pas être interprétée de manière trop vaste, car les emplois liés à la prestation de soins de santé, comme un emploi en tant que médecin-chef, n'exigent légitimement ni l'appartenance de l'employé à la confession de l'employeur ni l'observation d'obligations de loyauté particulièrement élevées dans la vie privée⁷¹.

63. *Ibid.*, n° 62.

64. V. K. KLOCKE, H. WOLTERS, art. cit. (note 56), p. 1460 ; R. WEIS, art. cit. (note 59), p. 221 s.

65. V. aussi concl. Wathelet, 31 mai 2018, aff. C-68/17, *IR/JQ*, n° 16.

66. V. K. KLOCKE, H. WOLTERS, art. cit. (note 56), p. 1463 ; R. WEIS, art. cit. (note 59), p. 223.

67. CJUE, 17 avr. 2018, précit. (note 31).

68. CJUE, 11 sept. 2018, précit. (note 42).

69. CJUE, 17 avr. 2018, précit. (note 31), n° 63 ; CJUE, 11 sept. 2018, précit. (note 42), n° 50.

70. V. CJUE, 17 avr. 2018, précit. (note 31), n° 71.

71. *Ibid.*, n° 58.

2.2. L'ASPECT INDIVIDUEL : LA LIBERTÉ DE RELIGION DES PARTICULIERS

L'aspect individuel des convictions religieuses constitutionnellement protégées qui doit être mis en balance avec des droits antagonistes lors de l'émergence d'un conflit juridique de droit privé est la liberté de religion des particuliers garantie par l'article 4 GG. Trois conflits doivent être distingués dans ce contexte : celui de la liberté de religion avec le devoir de neutralité religieuse de l'État, celui de la liberté de religion avec la liberté d'exercice de la profession et enfin celui de la liberté de religion avec la liberté de la propriété.

2.2.1. LES CONFLITS AVEC L'OBLIGATION DE NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT

L'obligation de neutralité religieuse de l'État prévue par l'article 137 al. 1^{er} WRV⁷² peut entrer en conflit avec la liberté d'exercice de la religion surtout dans les situations où un employé de l'État souhaite exprimer ses convictions religieuses dans des situations de travail⁷³. Notamment, le cas des enseignantes portant le foulard islamique pendant leurs cours dans une école publique a donné lieu à de nombreuses décisions judiciaires. En 2015, le *Bundesverfassungsgericht* a jugé qu'une interdiction générale aux professeurs des écoles publiques de porter le foulard islamique pendant les cours est anticonstitutionnelle ; le port du foulard ne peut donc pas donner lieu à des sanctions de la part de l'employeur public⁷⁴. En effet, la neutralité idéologique et religieuse de l'État ne doit pas être comprise comme une distanciation au sens d'une séparation stricte de l'État et de l'Église, mais comme une attitude ouverte et globale qui favorise la liberté de croyance pour toutes les confessions⁷⁵. Bien que des conflits entre la liberté de religion et le devoir de neutralité soient envisageables, les deux valeurs constitutionnelles ne se trouvent donc pas dans une relation d'opposition, ce qui doit être pris en compte au cours de leur mise en balance.

Pour arriver à une concordance pratique des valeurs constitutionnelles en cause, le *Bundesverfassungsgericht* applique les considérations suivantes : le

72. S. KORIOTH, « Zu Art. 40 GG: Art. 137 WRV », art. cit. (note 32), n° 3 s.

73. M. SCHLACHTER, « Kopftuchverbot auf 'Kundenwunsch'? – Die Religionsfreiheit als notwendiger Bestandteil der Rechtfertigungsprüfung im Diskriminierungsrecht », *EuZA*, n° 2, 2018, p. 173-186 (V. p. 185).

74. BVerfG, 27 janv. 2015 – aff. 1 BvR 471/10 et a., *Kopftuchverbot* : *BVerfGE*, t. 138, p. 296-374, juris n° 97 s.

75. *Ibid.*, juris n° 110 ; Th. TRAUB, « Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen », *NJW*, n° 19, 2015, p. 1338-1341 (V. p. 1340).

foulard islamique porté par des institutrices n'implique aucune identification de l'État avec une croyance spécifique, contrairement à l'installation d'un crucifix à l'initiative de l'État dans les salles des cours⁷⁶ ; il n'y a donc pas atteinte, en principe, à la neutralité religieuse de l'État. Par contre, la liberté religieuse négative des élèves⁷⁷ ainsi que le droit des parents d'élever leurs enfants qui est garanti par l'article 6 al. 2 GG peuvent aussi être concernés par le fait que les enfants sont confrontés à l'expression de la conviction religieuse du professeur⁷⁸. D'autre part, les institutrices concernées suivent une exigence religieuse perçue comme impérative. La liberté religieuse des institutrices reçoit donc un poids beaucoup plus élevé dans la mise en balance avec les droits des élèves et de leurs parents et la neutralité religieuse de l'État que s'il s'agissait d'une règle de croyance facultative⁷⁹. Néanmoins, une éducatrice devrait s'abstenir d'observer cette obligation religieuse malgré son caractère contraignant si la visibilité des croyances religieuses et des pratiques vestimentaires conduit à un conflit compromettant sérieusement la vie scolaire et met donc en danger l'accomplissement de la mission éducative de l'État garantie par l'article 7 al. 1^{er} GG. Mais même dans ce cas, l'autorité scolaire devra d'abord prendre en compte une autre possibilité d'emploi pédagogique de l'institutrice concernée pour protéger ses droits fondamentaux⁸⁰.

2.2.2. LES CONFLITS AVEC LA LIBERTÉ D'EXERCICE DE LA PROFESSION

Bien que les employeurs privés ne soient pas liés par une obligation de neutralité religieuse dans le sens d'une attitude d'ouverture, leur liberté d'interdire le port de symboles ou vêtements avec une connotation religieuse connaît des limites similaires⁸¹. La décision de principe en la matière est un arrêt du *Bundesarbeitsgericht* du 10 octobre 2002 dans lequel celui-ci a jugé comme socialement injustifié le licenciement d'une employée d'un grand

76. J. M. SCHUBERT, « Religiöse Symbole und Kleidungsstücke am Arbeitsplatz », *NJW*, n° 36, 2017, p. 2582-2588 (V. p. 2588).

77. V. cependant Th. TRAUB, art. cit. (note 75), p. 1339, qui considère que la liberté religieuse négative des élèves n'est pas touchée.

78. BVerfG, 27 janv. 2015, précit. (note 74), juris n° 105 s.

79. *Ibid.*, juris n° 112.

80. *Ibid.*, juris n° 113 ; V. cependant par ex. le commentaire critique de D. ENZENSBERGER, « Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n° 13, 2015, p. 871-873 (V. p. 872) qui reproche au *Bundesverfassungsgericht* de ne pas prendre en considération de manière suffisante les valeurs fondamentales antagonistes.

81. V. cependant J. M. SCHUBERT, art. cit. (note 76), p. 2587, qui est d'avis que les employeurs privés jouissent d'une liberté plus étendue que les employeurs publics en matière d'interdiction de vêtements avec une connotation religieuse.

magasin qui a refusé d'enlever son foulard pendant les heures du travail⁸². La mise en balance exercée par le *Bundesarbeitsgericht* s'est effectuée par rapport à la liberté de religion de l'employée d'une part et la liberté d'exercice de la profession de l'employeur selon l'article 12 GG d'autre part. Bien qu'il admette qu'une employée, en raison d'obstacles fondamentaux et insurmontables liés à ses convictions religieuses, puisse perdre son aptitude à fournir sa prestation de travail contractuelle, ceci n'est pas le cas, en général, en ce qui concerne le port du foulard⁸³. Par contre, l'employeur peut avoir un intérêt légitime à établir un code vestimentaire, un « style de la maison », dans le cadre de son pouvoir de direction⁸⁴. Or, celui-ci doit être exercé tout en prenant en compte la liberté de religion des employés. Bien qu'il ne soit donc pas totalement exclu que la mise en balance des intérêts en cause mène à la conclusion que l'interdiction du foulard est légitime en l'espèce, l'employeur devrait alléguer de façon concrète et, le cas échéant, prouver que le port de symboles ou de vêtements religieux est source de perturbations pour les affaires ou de pertes financières. La seule existence de vagues craintes n'est pas suffisante pour que sa liberté d'exercice de la profession l'emporte sur la liberté de religion de l'employé⁸⁵.

Sont plus concrètement liés à l'aptitude de l'employé à fournir sa prestation de travail les cas où sa conviction religieuse fait obstacle à l'exercice d'une certaine activité dans le cadre de son emploi. Par exemple, un employé de croyance islamique qui travaille dans un supermarché pourrait refuser de manipuler des boissons alcoolisées ou des produits à base de porc en raison de ses convictions religieuses, ce qui amène à la question de savoir si l'impossibilité personnelle d'exercer ces activités peut justifier son licenciement. Pour arriver à une concordance pratique entre la liberté de religion de l'employé et le droit au libre exercice de la profession de l'employeur, le *Bundesarbeitsgericht* s'appuie sur trois critères: d'une part, il y a lieu d'analyser si l'employé peut être affecté à un autre poste où le conflit ne surgirait pas⁸⁶. D'autre part,

82. BAG, 10 oct. 2002, précit. (note 18), juris n° 31 s.

83. *Ibid.*, juris n° 36.

84. *Ibid.*, juris n° 39.

85. *Ibid.*, juris n° 46; V. aussi E.-W. BÖCKENFÖRDE, « 'Kopftuchstreit' auf dem richtigen Weg? », *NJW*, n° 10, 2001, p. 723-728 (V. p. 728); M. SCHLACHTER, art. cit. (note 73), p. 184 s.; H. REICHOLD, « § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit », in H. KIEL, S. LUNK, H. OETKER, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, t. 1: *Individualarbeitsrecht I*, Munich, Beck, 4^e éd. 2018, n° 29.

86. BAG, 24 févr. 2011, précit. (note 24), juris n° 42; R. MÜLLER-GLÖGE, « § 611 BGB », *op.cit.* (note 23), n° 304; H. REICHOLD, « § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit », *op.cit.* (note 85), n° 29.

la prévisibilité du conflit de la part de l'employé doit être considérée dans la mise en balance : si l'employé savait ou aurait dû savoir qu'il ne pourrait pas exercer certains travaux en raison de ses convictions religieuses au moment de la conclusion du contrat de travail, il ne peut pas s'appuyer sur sa liberté de croyance pour refuser la réalisation des travaux exigés sans violer ses obligations contractuelles⁸⁷. Le troisième critère concerne la probabilité de la répétition du conflit⁸⁸, donc la question de savoir si le conflit pourrait se reproduire dans le futur, ce qui n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un travail concret qui n'est que très exceptionnellement demandé aux employés.

2.2.3. LES CONFLITS AVEC LA LIBERTÉ DE LA PROPRIÉTÉ

Le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice), la cour suprême en matière de droit civil et pénal, a eu l'occasion de rendre un arrêt de principe concernant la mise en balance de la liberté de religion d'un locataire et le droit à la propriété (article 14 GG) de son bailleur : le locataire, de croyance alévie, exigeait du bailleur la permission d'installer une antenne parabolique pour recevoir des programmes de télévision diffusant des informations sur cette croyance et des événements qui y sont liés. Le *Bundesgerichtshof* a alors mis en balance les valeurs constitutionnelles en cause : d'une part, une antenne parabolique n'implique aucune intervention sur la structure du bâtiment et ne concerne que des aspects esthétiques⁸⁹. D'autre part, les programmes de télévision concernés n'avaient pas un caractère particulièrement religieux ; de plus, le locataire aurait eu la possibilité de s'informer par d'autres moyens, notamment des imprimés et internet⁹⁰. Étant donné que les programmes de télévision n'avaient pas de caractère spécifiquement religieux et que l'atteinte esthétique était considérable⁹¹, le *Bundesgerichtshof* a décidé en faveur du droit à la propriété et rejeté la demande du locataire. Dans cette matière aussi, il n'y a donc pas de solutions schématiques, étant donné que la réalisation d'une concordance pratique nécessite la prise en considération de tous les aspects de l'espèce.

87. BAG, 24 févr. 2011, précit. (note 24), juris n° 27 s. ; V. aussi BAG, 24 mai 1989, précit. (note 24), juris n° 53 s.

88. BAG, 24 mai 1989, précit. (note 24), juris n° 55, 64.

89. Bundesgerichtshof, 10 oct. 2007 – VIII ZR 260/06 : NJW, 2008, p. 216-218, juris n° 16.

90. *Ibid.*, juris n° 20.

91. *Ibid.*, juris n° 17 s.

CONCLUSION

En appliquant les clauses générales du droit civil dans des affaires impliquant des aspects concernant la liberté de religion, les tribunaux assurent que ce droit protégé par la Constitution allemande soit concilié avec les autres intérêts de valeur constitutionnelle en cause pour arriver à une mise en œuvre optimale des intérêts respectifs. Or, la liberté de religion est considérée comme particulièrement importante dans le cadre constitutionnel, bien qu'il arrive que dans des cas individuels les intérêts antagonistes prévalent. En particulier, le *Bundesverfassungsgericht* veille à ce que les tribunaux spécialisés arrivent à un niveau suffisant de protection de la liberté de religion dans leur jurisprudence. Ceci vaut tant pour l'aspect institutionnel de cette liberté, à savoir l'autonomie des Églises, que pour son aspect individuel.

L'application des clauses générales tout en prenant en compte les valeurs constitutionnelles, et notamment les droits fondamentaux consacrés dans la Loi fondamentale, mène donc à des solutions équilibrées en cas de conflit entre une conviction religieuse et des intérêts antagonistes éventuels. Les dispositions pertinentes sont d'une souplesse suffisante pour gérer de tels conflits et pour mettre en œuvre la liberté de religion de façon appropriée. La dérogation à une norme générale de droit civil pour protéger la liberté religieuse n'est donc ni nécessaire ni envisagée. Bien que dans des cas exceptionnels – et pourvu qu'une telle démarche n'aille pas à l'encontre de la volonté du législateur⁹² – il soit possible au plan conceptuel de modifier le champ d'application d'une disposition légale, même à l'encontre de sa lettre, pour des raisons constitutionnelles et notamment pour garantir la liberté de religion, il n'y a pas de nécessité de le faire sur le plan pratique en droit civil, étant donné que par le biais de l'application des clauses générales le juge a toutes les possibilités nécessaires pour garantir l'efficacité des valeurs de la Constitution.

92. V. *supra*, sub 1.1.