

L'accommodement belge éclot entre égalité formelle, légalité et neutralité

Xavier Delgrange et Hélène Lerouxel



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/297>

DOI : 10.4000/rdr.297

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 1 mai 2019

Pagination : 109-129

ISBN : 979-10-344-0045-4

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Xavier Delgrange et Hélène Lerouxel, « L'accommodement belge éclot entre égalité formelle, légalité et neutralité », *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/297> ; DOI : 10.4000/rdr.297



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.

L'ACCOMMODEMENT BELGE ÉCLOT ENTRE ÉGALITÉ FORMELLE, LÉGALITÉ ET NEUTRALITÉ

Xavier DELGRANGE et Hélène LEROUXEL

Université Saint-Louis Bruxelles et Université libre de Bruxelles, Premier auditeur chef de section au Conseil d'État de Belgique ;

Centre interdisciplinaire de recherches constitutionnelles (CIRC), Université Saint-Louis Bruxelles, Secrétaire en chef du Service législation – coordination du Conseil d'État de Belgique

RÉSUMÉ

Le concept d'accommodement se heurte en Belgique à une tradition tant juridique que politique qui pourrait être résumée en trois mots : égalité formelle, légalité et consensus. Si les deux premiers en ont compliqué l'importation, le dernier en a favorisé l'éclosion. Quatre accommodements peuvent illustrer les particularismes belges en mettant en valeur les différents degrés d'implication du législateur : les clauses de conscience prévues en matière médicale qui sont entièrement encadrées par la loi ; l'abattage rituel qui tend à être limité, voire interdit ; les écoles de confessions minoritaires, pour lesquelles les autorités adoptent une interprétation de la législation que l'on peut qualifier de paralégale ; la circoncision rituelle, que le législateur préfère maintenir hors la loi.

ABSTRACT

The concept of accommodation in Belgium faces a legal and political tradition that could be summarized in three words: formal equality, legality and consensus. While the first two made difficult the importation of the concept, the last has certainly encouraged its emergence. Four accommodations can illustrate Belgian particularities by highlighting the different degrees of involvement of the lawmaker: the conscience clauses provided for in medical matters, which are fully regulated by law; ritual slaughter which tends to be limited or even prohibited; schools of minority denominations, for which the authorities adopt an interpretation of the legislation that can be described as paralegal; and ritual circumcision, which the legislator prefers to keep out of the law.

A pparu aux États-Unis, popularisé en Europe latine par la Cour suprême du Canada, l'accommodement raisonnable se transplante difficilement dans la culture juridique belge, où le culte de la loi et l'attachement à l'égalité formelle qui en découle sont aussi vivaces qu'en France¹. En contexte américain, l'accommodement raisonnable impose à l'autorité, qu'elle soit privée ou publique, de négocier un aménagement de sa règle lorsque celle-ci, fut-elle formellement neutre, affecte plus durement un individu ou une minorité – ce que le droit de l'Union européenne définira comme une discrimination indirecte – avec la personne qui en fait la demande. Pareille obligation « consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs² ». Cette méthode permet donc de progresser davantage sur le chemin de l'égalité concrète, au besoin en écornant l'égalité formelle³.

Pour Françoise Tulkens, « il est important de rappeler ce qu'est au départ l'obligation d'accommodement raisonnable, de préciser ses finalités et ses justifications éthico-politiques. Il s'agit en effet de la reconnaissance du droit à l'égalité, non seulement une égalité formelle, mais une égalité substantielle, ce qui implique d'assurer les conditions d'un exercice véritable de ce droit. À ce titre, la reconnaissance de la diversité ethnique, culturelle et religieuse et de son accommodement relève d'une exigence de justice⁴ ».

Un deuxième facteur parasitant la transplantation des accommodements en droit belge est le principe de légalité. En effet, la pratique d'accommodement suppose que l'autorité ait le pouvoir d'amender la norme. Ce n'est

1. V. G. CACERES, « L'aménagement raisonnable en matière religieuse : lorsque les concepts franchissent l'Atlantique », *RID comp.*, 2012/1, p. 7-57.
2. Cour suprême du Canada, *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536. V. S. BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », *R.D.U.S.*, 38, 2007, p. 233-285, spéc. p. 252-264.
3. V. D. KOUSSENS, « Le port de signes religieux dans les écoles québécoises et françaises. Accommodements (dé)raisonnables ou interdiction (dé)raisonnée ? », *Globe, Revue int. d'études québécoises*, 10/2 et 11/1, 2007-2008, p. 115-131 ; S. BERNATCHEZ, « Un rapport au droit difficile – la commission Bouchard-Taylor et l'obligation d'accommodement raisonnable », in *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Cowansville, Yvon Blais, 2009, p. 69-92.
4. F. TULKENS, « Préface », in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés Canada, Europe, Belgique*, actes du colloque des 26-27 avril 2011, Bruxelles, Peter Lang, 2015, p. 12-13.

dès lors pas un hasard si cette méthode s'est d'abord développée dans les relations de travail, où l'employeur est également le « normateur »⁵. Elle s'est toutefois étendue dans tous les domaines d'activité visés par les lois anti-discrimination, s'imposant même au législateur, notamment aux États-Unis⁶. Comme le synthétise José Woehrling, « l'idée très générale [est] qu'une norme ou politique générale, légitime et justifiée, mais qui produit une atteinte aux droits de certaines personnes, doit si possible être modifiée de façon à faire disparaître, ou du moins à atténuer, l'atteinte aux droits⁷ ».

Il faut donc accommoder l'accommodement pour lui permettre de prospérer en terre législative. Car, dans des pays comme la France ou la Belgique qui optent pour un régime répressif de limitation des droits et libertés, il revient au législateur de définir au préalable le contour des droits garantis et d'organiser lui-même une éventuelle procédure de dérogation aux limites établies, alors que la procédure négociée suivie en droit canadien évoque davantage le régime préventif exclu par le constituant belge⁸. Dans notre système, en principe, l'accommodement doit donc être envisagé par le législateur. C'est ce que font les directives européennes « anti-discrimination ». Ainsi, selon l'article 5 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail :

« Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées. »

5. V. not. F. KÉFER, « L'expression des convictions religieuses dans les relations de travail », *R.D.S.-T.S.R.*, 2017/3, p. 527-583, spéc. p. 550-552.

6. S'agissant des États-Unis, V. G. CACERES, art. cit., p. 17. Pour le Canada, J. WOEHRLING, « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien », in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *op. cit.*, p. 135-169, spéc. p. 157-160 ; « Portée et limites de la liberté de conscience et de religion dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État, Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 871-879, spéc. p. 875.

7. J. WOEHRLING, « Aménagement de la diversité religieuse... », *op. cit.*, p. 140.

8. V. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « L'accommodement raisonnable, bouc émissaire d'une laïcité inhibitrice », in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *op. cit.*, p. 203-286, spéc. p. 206.

L'inspiration de la jurisprudence canadienne citée plus haut est manifeste. L'article 2 de la Convention ONU relative aux droits des personnes handicapées taxe le refus d'aménagement raisonnable de discrimination⁹. Pourtant, cette directive, qui entend protéger le travailleur de toute discrimination tout autant en matière religieuse que relativement à son handicap, n'étend pas cette exigence d'aménagement lorsque la distinction est fondée sur la religion¹⁰. Au contraire, l'aménagement est cette fois accordé à l'employeur qui pourra discriminer lorsqu'il invoque le statut d'entreprise de tendance, à savoir être une organisation « dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » (art. 4 de la directive)¹¹. Cette différence de traitement est généralement justifiée par le fait que l'accommodement raisonnable en matière religieuse serait plus difficile à mettre en œuvre, d'une part parce que « certaines revendications, motivées par des convictions religieuses, peuvent entrer en conflit avec les droits d'autres individus, notamment le droit à la non-discrimination à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle » et d'autre part, en raison du « caractère subjectif du sentiment religieux et à la diversité des interprétations d'une même religion »¹². Ces arguments ne convainquent pas. Le premier perd de vue que l'accommodement vise à restaurer une égalité concrète et certainement pas à générer de nouvelles discriminations, que tout conflit de droit est géré selon la méthode de la proportionnalité et que l'accommodement doit être raisonnable tant à l'égard

9. V. V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », in P. WAUTELET et J. RINGELHEIM (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège, Anthémis, 2018, p. 73-136, spéc. p. 74 et 112-120.

10. Il est à noter que le Parlement européen a adopté une résolution prônant l'extension de l'exigence d'aménagement raisonnable aux discriminations pour motif religieux, notamment : « un devoir d'aménagement raisonnable pour tous les motifs de discrimination – y compris, donc, sur la base de la religion et des convictions – devrait être établi dans le droit de l'Union et la législation nationale, sous réserve que cela n'entraîne pas de charge disproportionnée pour les employeurs ou les prestataires de service » (Résolution du Parlement européen du 15 septembre 2016 concernant l'application de la 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 (« directive sur l'égalité en matière d'emploi », 2015/2116(INI), pt. 17).

11. En ce sens, V. J. WOEHRLING, « Aménagement de la diversité religieuse et conflits entre droits fondamentaux. Le contexte juridique canadien » et E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Les droits fondamentaux, gardiens et garde-fous de la diversité religieuse en Europe », in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *op. cit.*, p. 157-158 et p. 171-202, spéc. p. 185-187.

12. J. RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformative de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013/1, p. 57-82, spéc. p. 79-81. L'auteur précise : « face au handicap ou à la grossesse, l'entreprise ou le juge peut, en cas de doute, s'en remettre à une autorité objective extérieure, le médecin spécialisé, pour évaluer la nécessité d'un aménagement demandé. Dans le cas de la religion, en revanche, trouver une autorité "objective" est problématique » (p. 81).

de l'employeur que des tiers¹³. Comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, « une situation où l'État respecte les convictions d'un groupe religieux minoritaire [...] en donnant à ses membres la possibilité de servir la société conformément aux exigences de leur conscience, bien loin de créer des inégalités injustes ou une discrimination [...], est plutôt de nature à assurer le pluralisme dans la cohésion et la stabilité et à promouvoir l'harmonie religieuse et la tolérance au sein de la société¹⁴ ». Le second argument surestime le caractère objectivable du handicap et encore plus le caractère subjectif du sentiment religieux. Il fait ressurgir la thèse que si le handicapé ne peut être délivré de son handicap, la personne peut changer de religion ou l'abandonner¹⁵.

Un troisième répulsif à l'accommodement raisonnable est la nouvelle conception de la laïcité et de la neutralité apparue au tournant du siècle.

L'accommodement est parfaitement compatible avec la conception traditionnelle de la laïcité et de la neutralité, dont la recherche de l'égalité des citoyens est une composante essentielle. L'on oublie souvent que la Commission Stasi, avant de recommander une loi d'interdiction de signes convictionnels à l'école, s'était faite le chantre des accommodements raisonnables¹⁶. Le pendant belge de la Commission Stasi, les Assises de l'interculturalité (2010), invite à réfléchir à ce que la pratique des aménagements raisonnables en matière de handicap soit étendue en matière de religion¹⁷. Il est vrai que cette méthode permet de rechercher le dernier carat de la proportionnalité d'une mesure et, en cela, de progresser sur le chemin de l'égalité concrète. En effet, une restriction à une liberté ne sera proportionnée que si elle est nécessaire pour atteindre le but poursuivi, ce qui suppose que le moyen le moins attentatoire aux droits et libertés ait été retenu¹⁸.

13. V. V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », *op. cit.*, p. 118-119.

14. CEDH, Gde ch., 7 juill. 2011, *Bayatyan c. Arménie*, § 126, à propos du droit à l'objection de conscience refusé à un Témoin de Jehova.

15. V. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 241-243; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires Achbita et Bougnaoui : entre neutralité et préjugés » (obs. sous CJUE, Gde ch., arrêts *Achbita* et *Bougnaoui*, 14 mars 2017), *RTDH* 2017, p. 1017-1037, spéc. p. 1023-1030.

16. V. D. KOUSSENS, « Le port de signes religieux... », art. cit., p. 125-126; *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 161-166; X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 279-281.

17. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 245-249.

18. V., dans ce numéro, S. VAN DROUGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », p. 41. V. déjà X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 254-257; X. DELGRANGE, « Une nouvelle source du droit : le

Pourtant, dénonçant les modulations qu'ils apportent à l'unicité de la loi et à l'égalité formelle, une nouvelle laïcité fait des accommodements raisonnables son bouc émissaire¹⁹. En Belgique, d'aucuns militent pour l'inscription de la laïcité dans la Constitution, notamment pour combattre les accommodements raisonnables²⁰.

Pourtant, à la différence de la France, République une et indivisible, la Belgique dispose, avec sa démocratie consociative, d'un terreau plus favorable aux accommodements raisonnables. Surfant sur les clivages dont le premier oppose les Églises à l'État, l'État belge a développé une démocratie consociative où, même si la loi est formellement un acte unilatéral, elle est plus souvent le fruit d'un accord contractuel entre des groupements. Au lieu de partir de l'État pour descendre dans la société, la culture politique s'y construit à partir du bas, de la pluralité des traditions religieuses, idéologiques et régionales, pour remonter vers le politique et l'État. En effet, même si les sources supérieures du droit public, en Belgique comme ailleurs, sont toutes marquées du sceau de l'unilatéralité, la réalité sociopolitique de la décision publique est caractérisée de manière massive par la logique de la négociation et du compromis²¹. Si ce système abandonne une part de la démocratie représentative et de la rigueur de la loi consacrant l'égalité formelle sur l'autel du pragmatisme et du compromis, il permet d'associer certains groupes particulièrement représentatifs à l'élaboration de la norme, en pratiquant l'accommodement. Ainsi, récemment, les établissements d'enseignement catholique ont obtenu que le nouveau cours de philosophie et de citoyenneté, apparu dans l'enseignement officiel, ne soit pas organisé dans l'enseignement libre subventionné, au mépris de l'égalité des élèves²².

dress-code », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 659-706.

19. V. S. BERNATCHEZ, « Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables », art. cit., p. 243-252; X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, art. cit., p. 207-210 et 238-271.
20. V. not. la proposition de révision de la Constitution en vue d'insérer un article 7ter relatif à la laïcité de l'État : *Doc. parl.*, Ch., 2015-16, n° DOC 54-1582/1, p. 9. V. à ce propos X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 279-281. Lors d'un débat au Sénat de Belgique, le président du Centre d'action laïque, Henri Bartholomeeusen, déclarait : « pour vider un concept de son sens, il suffit de lui accoler un adjectif. Ainsi, la laïcité "ouverte", celle des "accommodements raisonnables" ressemble à tout sauf à la laïcité » : *Constitution : impartialité et régime des libertés*, colloque du 23 févr. 2016, p. 41 : www.senate.be/event/20160223_grondwet/doc/Colloque_constitution.pdf [consulté le 13 déc. 2018].
21. H. DUMONT et X. DELGRANGE, « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit & Société*, n° 68, 2008, p. 75-108, spéc. p. 82-83.
22. V. X. DELGRANGE, « La Belgique francophone accouche douloureusement d'un cours de philosophie et de citoyenneté non désiré par tous », *Revue du droit des religions*, n° 5, mai 2018, p. 107-132.

De même, le financement des cultes – et donc la définition de ce qu'est un ministre du culte dont le traitement est pris en charge par l'État – ne fait pas l'objet d'une norme générale et abstraite assurant le respect du principe d'égalité. Il résulte de tractations entre le législateur et les cultes reconnus²³.

La démocratie consociative débouche parfois sur la pratique de la para-légalité, qui n'est pas sans lien avec la méthode des accommodements raisonnables. La para-légalité a été théorisée par Hugues Dumont²⁴ selon qui elle désigne

« des normes inconstitutionnelles, mais considérées comme légitimes et effectivement pratiquées par un mouvement social ou par des élites. Tantôt ces normes se situent en dehors de l'ordre juridique étatique. Il s'agit par exemple de normes qu'un mouvement social entend substituer à des règles de droit en vigueur qu'il juge injustes, ou d'accords conclus entre partis politiques ou entre des acteurs économiques ou sociaux malgré leur illégalité. Nous les appellerons "normes para-légales extra-étatiques". Tantôt ces normes ont réussi à s'imposer à l'intérieur de l'ordre juridique étatique au niveau législatif, réglementaire ou jurisprudentiel malgré leur inconstitutionnalité. Nous les appellerons "normes para-légales intra-étatiques"²⁵ ».

Lorsque l'accommodement raisonnable déroge à une norme sans y avoir été autorisé – donc de manière *contra legem* –, il s'agit d'une para-légalité extra-étatique, destinée à restaurer davantage de justice.

Toutefois, si la démocratie consociative associe davantage les composantes de la société à l'élaboration de la norme, encore faut-il que ces composantes représentent un poids suffisant pour être conviées. Les minorités plus confidentielles en sont exclues et doivent le cas échéant quémander des accommodements raisonnables.

Aussi, en Belgique, les accommodements raisonnables n'ont-ils pu éclore qu'entre les blocs monolithiques de la légalité, d'une conception formelle de l'égalité et d'une vision de la neutralité qui se rigidifie, mais demeure

23. H. DUMONT et X. DELGRANGE, art. cit., p. 85; S. WATTIER, *Le financement public des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles. Analyse de constitutionnalité et de conventionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 692-712.

24. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Facultés univ. Saint-Louis, 1996, vol. I, p. 37-66.

25. H. DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4. *Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthémis/Publ. Université Saint-Louis, 2012, p. 639-685, spéc. p. 639.

mâtinée d'une tradition consociative de pluralisme et de compromis. Au vu de ces différents éléments, nous en proposons la définition synthétique suivante : la pratique des accommodements raisonnables est une démarche d'aménagement harmonieux de l'espace public, dans le respect des singularités, notamment confessionnelles, de chacune des composantes de la société. Il s'agit de mettre effectivement en œuvre la règle générale nécessaire à la société démocratique, mais avec tact, d'une manière qui sauvegarde aussi largement que possible les droits et libertés des membres de la communauté. Sa concrétisation juridique est polymorphe : elle peut s'incarner dans une faculté de dérogation incorporée dans la norme elle-même, une interprétation conciliante du droit, ou encore une tolérance *contra legem*²⁶.

Principe de légalité oblige, la concrétisation juridique des accommodements raisonnables entre plus en tension avec le rôle du législateur qu'avec celui du juge. Nous évoquerons quatre accommodements, depuis celui qui est incorporé dans la loi jusqu'à celui qui est hors la loi. La clause de conscience est toute entière organisée par la loi qui, en ce domaine, fait la part belle aux convictions religieuses, au point de compromettre l'effectivité des droits qu'elle consacre, surtout s'agissant de l'avortement (1). La dérogation à l'exigence d'étourdir un animal avant de le mettre à mort, qui permet l'abattage rituel, est autorisée par la loi, mais voit sa mise en œuvre contrariée par l'évolution de la réglementation (2). La neutralisation des exigences de programmation en matière de maintien d'établissements scolaires, afin de préserver les écoles de confession minoritaire, repose sur une interprétation extensive de la législation (3). Enfin, au regard des exigences du droit médical applicable aux mineurs, la circoncision rituelle est tout simplement hors la loi (4)²⁷.

26. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 207. Cette définition est reprise par H. DUMONT, « Audition du 17 mai 2016 devant la Commission de révision de la Constitution de la Chambre », Rapport introductif d'initiative parlementaire, Le caractère de l'État et les valeurs fondamentales de la société, *Doc. parl.*, Ch., 2017-18, n° DOC 54-2914/1, p. 312-327, spéc. p. 322-323, note 233.

27. Précisons que la Belgique est un État au fédéralisme particulièrement complexe qui voit coexister trois catégories de législateurs. L'autorité fédérale règle par des lois les matières qui sont demeurées communes, dont le droit pénal et le droit médical. Les questions de la clause de conscience en matière médicale et de la circoncision, qui sont au carrefour de ces matières, demeurent donc de la compétence du législateur fédéral. L'État belge compte trois communautés qui se divisent selon une logique linguistique : les communautés flamande, française et germanophone, les deux premières se superposant à Bruxelles. Depuis 1988, les communautés sont compétentes en matière d'enseignement. Enfin, l'État est divisé, sur une base territoriale cette fois, en régions flamande, wallonne et bruxelloise. Les normes législatives adoptées par les communautés et les régions sont

1. LA CLAUSE DE CONSCIENCE EN MATIÈRE MÉDICALE ORGANISÉE PAR LA LOI

C'est à partir de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse que le législateur belge organisa le droit à l'objection de conscience²⁸. Ainsi un médecin, au nom de ses convictions, peut s'abstenir de prêter son concours à un acte médical. La clause de conscience est présente « dans toute législation chargée d'un fort poids éthique²⁹ » : avortement certes, mais aussi euthanasie et procréation médicalement assistée. Toutes ces lois tentent de concilier le droit du patient et la liberté de conscience du corps médical.

C'est dans la clause de conscience que se loge l'accommodement. Lorsqu'elle n'est pas suffisamment réglementée, elle risque de « mettre en péril l'accès à certains actes médicaux³⁰ ». Son organisation doit être pesée tant elle soulève de questions : que recouvre la notion de conscience, des valeurs seulement religieuses ou bien plus largement des valeurs « d'intégrité médicale³¹ » ? Qui concerne-t-elle, seulement les médecins ou plus largement des professionnels de santé ? Doit-elle être exclusivement individuelle ? Ou, au contraire, la « conscience » peut-elle être institutionnalisée, profitant alors également au pouvoir organisateur de l'hôpital³² ? L'objecteur doit-il se rendre coupable de « complicité morale³³ » en annonçant son refus dans un délai et en renvoyant vers un confrère « sans conscience » ?

En matière d'avortement, selon des termes inchangés depuis 1990, « aucun médecin, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. Le médecin sollicité est tenu d'informer l'intéressée, dès la première visite, de son refus d'intervention³⁴ ».

appelées des « décrets ». Depuis 2014, les régions sont compétentes en matière de bien-être animal. Il leur appartient donc de réglementer l'abattage rituel.

28. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 232-237.

29. V. G. GÉNICOT, *Droit médical et biomédical*, Liège, Larcier, 2^e éd. 2016, p. 804-806.

30. M. SPRANZI, « Les deux faces de l'objection de conscience dans le domaine de la santé : les contraintes du libéralisme pluraliste », p. 1 : <http://www.cevipof.com/rtefiles/File/pluralisme%20papers/liberal.texte.pdf> [consulté le 13 déc. 2018].

31. *Ibid.*, p. 5.

32. En Belgique, les hôpitaux sont soit des institutions publiques, soit des institutions privées, essentiellement catholiques, qui bénéficient d'un subventionnement de l'État. V. pour une défense sans ambiguïté de la clause de conscience institutionnelle : E. MONTERO, « La loi contre la conscience : réflexions autour de l'objection de conscience », in J. FIERENS (dir.), *Jérusalem, Athènes, Rome. Liber Amicorum Xavier Dijon*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 163-198.

33. G. GÉNICOT, *op. cit.*, p. 805.

34. L. 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et

Selon le Comité consultatif de bioéthique de Belgique, dont la composition est subtilement dosée pour obtenir un équilibre entre, notamment, les différentes tendances philosophiques³⁵, seule la « position individuelle du soignant » est prise en compte par la loi³⁶. La clause ne bénéficie qu'aux professionnels explicitement énumérés, à l'exclusion notamment des pharmaciens qui ne peuvent s'en prévaloir pour refuser de vendre des médicaments abortifs³⁷.

Tenu d'informer l'intéressée dès la première visite, le médecin doit également, depuis la loi du 15 octobre 2018³⁸ indiquer « les coordonnées d'un autre médecin, centre d'interruption de grossesse et/ou service hospitalier » en faisant suivre le dossier médical. Il ne doit toujours pas, en revanche, spécifier les raisons de son refus.

Malgré ce correctif, l'effectivité du droit à l'avortement n'est pas garantie. Ainsi conçue, la clause peut facilement être détournée pour des raisons autres qu'éthiques, notamment pour s'éviter de pratiquer un acte peu réjouissant, mal rémunéré et parfois soumis à la vindicte. À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne imposant aux États qui ont légalisé l'avortement de le rendre concret et effectif garde toute sa pertinence³⁹, d'autant plus que la loi du 15 octobre 2018 a été adoptée sans une évaluation chiffrée préalable de la loi de 1990 dont elle prétendait pourtant améliorer l'effectivité⁴⁰.

modifiant diverses dispositions législatives, art. 2, 7°. Sur ce point, cette disposition est inchangée depuis la loi du 3 avril 1990 précitée.

35. V. N. SCHIFFINO, « La régulation publique de la biomédecine », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2017/23, n° 2348-2349, p. 12.
36. V. avis n° 59 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique donné le 27 janvier 2014 relatif aux aspects éthiques de l'application de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, p. 21 : <https://www.health.belgium.be/fr/avis-ndeg-59-application-de-la-loi-relative-leuthanasie-clause-de-conscience-pour-institutions> [consulté le 13 déc. 2018].
37. La situation est identique en France. V. CEDH, déc. 2 oct. 2001, *Pichon et Sajous c. France*.
38. La récente loi du 15 octobre 2018 a pour objectif premier de sortir du Code pénal la réglementation légalisant l'avortement qui prenait jusqu'alors place dans le titre VII dudit Code intitulé « Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique ». Sur le fond, quelques retouches assez marginales sont à noter, parmi lesquelles cette obligation supplémentaire pesant sur le médecin objecteur.
39. CEDH, 20 mars 2007, *Tysi c c. Pologne*, § 110 ; 26 mai 2011, *R.R. c. Pologne*, § 203.
40. Dans les travaux parlementaires précédant l'adoption de la loi du 15 octobre 2018, il est piquant de constater que les députés, toute appartenance politique et linguistique confondue, déplorent à longueur de débats l'absence de données chiffrées permettant une correcte évaluation de la loi en vigueur. Ce faisant, ils dénoncent le fait que la commission d'évaluation de la loi relative à l'avortement, créée par une loi du 13 août 1990, ne se réunit plus depuis 2012. Il est en effet impossible de la composer dans le respect d'une législation trop compliquée. Tous les partis s'accordaient sur la nécessité de revoir la composition de cette commission et son mode de fonctionnement (*Doc. parl.*, Ch.,

Plus récente, la clause de conscience prévue par la loi relative à l'euthanasie de 2002⁴¹ n'est qu'une variation de son aînée : aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie et, d'une manière générale, aucune personne ne peut être contrainte d'y concourir. Confirmant l'avis du Comité consultatif de bioéthique de Belgique⁴², une décision de justice a précisé que la clause de conscience ne bénéficie qu'aux personnes physiques, les professionnels de santé, à l'exclusion des personnes morales telles qu'une maison de repos⁴³. Pour le reste, le refus est nettement plus encadré puisque la loi précise que « dans le cas où son refus est justifié par une raison médicale, celle-ci est consignée dans le dossier médical du patient ». De l'absence de mention faite au dossier médical pourra être déduit l'usage de la clause de conscience. Enfin, le médecin objecteur ne dirigera le malade vers un de ses confrères que si cela lui est demandé.

La loi de 2007 organisant la procréation médicalement assistée innove en matière de clause de conscience. Pour la première fois, l'expression « clause de conscience » figure en toutes lettres dans une loi. Cette dernière-née n'est plus offerte à des individus, mais à des « centres de fécondation » en exigeant d'eux qu'ils fassent « preuve de la plus grande transparence quant à leurs options en ce qui concerne l'accessibilité au traitement⁴⁴ ». Faut-il y voir la consécration d'une clause de conscience institutionnelle ? Selon le Comité consultatif de bioéthique de Belgique, « il ne faut pas y voir la reconnaissance de la notion de "conscience institutionnelle", mais plutôt une sorte de raccourci de langage qui signale que, dans le cadre de cette loi, c'est bien avec le centre de fécondation lui-même que les auteurs du projet parental établissent une convention⁴⁵ ». Il n'en demeure pas moins que le centre se voit reconnaître en quelque sorte le statut d'entreprise de tendance qui, dans

2017-2018, nos 3216/003 et 3216/006). Aucune modification n'a toutefois été adoptée, si bien que cette commission n'est pas prête de se réunir.

41. L. 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, art. 14 ; V. D. LOSSIGNOL, « L'euthanasie et le détournement de la clause de conscience », *Revue médicale de Bruxelles*, 2016/9, p. 384-389.

42. V. avis n° 59, précit., p. 22.

43. Jugement du tribunal de première instance de Louvain du 29 juin 2016. V. K. VAN ASSCHE, « Refus d'une maison de repos et de soins d'autoriser l'euthanasie dans ses murs, même lorsqu'un médecin externe accepte d'y procéder », *Rev. dr. santé*, 2016-2017/5, p. 344-353. Comp. E. MONTERO, « La liberté des institutions de soins eu égard à la pratique de l'euthanasie », Institut européen de bioéthique, 24 oct. 2016 : <https://www.ieb-eib.org/fr/document/la-liberte-des-institutions-de-soins-eu-egard-a-la-pratique-de-leuthanasie-466.html> [consulté le 13 déc. 2018].

44. L. 6 juill. 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 5.

45. Avis n° 59, précit., p. 22.

le droit de l'Union européenne, permet à pareille institution d'exiger de ses employés une attitude de loyauté à l'égard de son éthique⁴⁶.

Par ailleurs, tout refus est annoncé dans le mois qui suit la décision du médecin consulté. Il est écrit et motivé soit par des raisons médicales soit par l'invocation de la clause de conscience. Enfin, sur demande du patient, les coordonnées d'un autre centre de fécondation seront renseignées. Indiscutablement plus protectrice des droits du patient, cette clause perd sa dimension individuelle au profit d'une dimension exclusivement collective.

Ces lois à fort contenu éthique portent en elles de réels enjeux sociétaux. Si les droits du patient ne peuvent être absolus, la conscience du corps médical ne peut pas devenir une porte de sortie trop facile à emprunter. C'est au législateur de trouver le point d'équilibre, l'accommodement raisonnable, entre les ardeurs du progrès et les réticences de la conscience, en concevant une clause de conscience qui bénéficie aux croyants sans rendre ineffectif l'accès au soin auquel tous ont droit.

2. L'ABATTAGE RITUEL PERMIS SOUS CONDITIONS PAR LA LOI

La législation relative à la protection et au bien-être des animaux prévoit en principe que « l'abattage ne peut se pratiquer qu'après étourdissement de l'animal ou, en cas de force majeure, suivant la méthode la moins douloureuse », mais précise que ces exigences « ne s'appliquent toutefois pas aux abattages prescrits par un rite religieux ». La réglementation encadre les abattages conformes aux rites juif et musulman, notamment, d'une part, en exigeant que les sacrificateurs soient habilités par le Consistoire central israélite de Belgique ou par l'organe représentatif des musulmans de Belgique, et d'autre part, en interdisant tout abattage privé⁴⁷. Examinant en 2006 une proposition de loi tendant à interdire les abattages rituels au nom de la défense des animaux, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a considéré que « la suppression de la dérogation à l'exigence d'étourdissement préalable en cas d'abattage rituel, si elle poursuit l'objectif légitime de mieux assurer le bien-être des animaux, porte une

46. Sur cette notion, V. X. DELGRANGE, « Arrêt "IR" : l'entreprise de tendance, de Strasbourg à Luxembourg », *JDE* 2019, p. 1-3.

47. L. 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux, art. 16, § 1^{er}; A. royal 11 févr. 1988 relatif à certains abattages prescrits par un rite religieux. V. C. SÄGESSER, « Les débats autour de l'interdiction de l'abattage rituel », *Courrier hebdomadaire du Crisp*, n° 2385, 2018, p. 5-48.

atteinte disproportionnée à la liberté de religion consacrée par l'article 9 de la Convention. Elle priverait en effet certains fidèles de la possibilité de se procurer et de manger une viande jugée par eux plus conforme aux prescriptions religieuses⁴⁸ ».

Depuis lors, un double mouvement s'est dessiné. D'un côté, le droit européen, s'il permet toujours de déroger à l'exigence d'étourdissement en cas d'abattage rituel, n'autorise dorénavant plus les abattoirs temporaires⁴⁹. La protection des animaux au moment de leur mise à mort faisait l'objet d'une directive européenne 93/119/CE du 22 décembre 1993, qui prévoyait une dérogation à l'obligation d'étourdissement en cas d'abattage rituel se déroulant à l'abattoir et permettait l'installation d'abattoirs temporaires. Elle a toutefois été remplacée par le règlement européen n° 1099/2009 du Conseil, du 24 septembre 2009 qui, s'il permet toujours, en son article 4.4, aux États membres d'autoriser l'abattage rituel sans étourdissement préalable, interdit désormais l'ouverture d'abattoirs temporaires⁵⁰.

D'un autre côté, lors de la sixième réforme de l'État de 2014, la compétence relative au bien-être animal est passée de l'autorité fédérale aux régions. La Région flamande, à partir de 2015, n'a plus autorisé l'ouverture de sites d'abattage temporaires en vue de la fête musulmane du sacrifice, alors que l'autorité fédérale les agréait depuis 1998. Des associations musulmanes et organisations faitières de mosquées ont dès lors cité la Région flamande devant le tribunal de première instance de Bruxelles, au motif que les abattoirs permanents de cette région ne pouvaient pas assurer toutes les mises à mort rituelles demandées lors de cette fête. Ce tribunal estima que l'interdiction de sites d'abattage temporaires portait une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse, au motif que ceux-ci évitaient suffisamment la souffrance des animaux et respectaient les exigences de la santé publique. Le tribunal a dès lors interrogé la Cour de justice afin de déterminer si le règlement de 2009, interprété comme interdisant les abattoirs temporaires, ne méconnaît pas, notamment, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 10 de la Charte. Par un arrêt du 29 mai 2018, la Cour a validé le règlement, estimant que l'exigence

48. Avis n° 40.350/AG du 16 mai 2006 sur une proposition de loi « modifiant la loi du 5 septembre 1952 relative à l'expertise et au commerce des viandes et la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux, en ce qui concerne les abattages rituels », *Doc. parl.*, Sénat, 2005-06, n° 3-808/6, p. 6. Les avis du Conseil d'État de Belgique peuvent être consultés sur son site, www.raadvst-consetat.be.

49. Règl. (CE) n° 1099/2009 du Conseil, 24 sept. 2009, sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort, art. 4.4.

50. V. les conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire C-426/16, § 64-68.

que toute mise à mort se fasse dans un abattoir permanent n'est qu'un « encadrement technique » qui n'est « pas, en soi, de nature à entraîner une limitation du droit à la liberté de religion des musulmans pratiquants » (§ 59)⁵¹. Cette exigence n'est pas discriminatoire (§ 61) et est nécessaire pour atteindre l'objectif d'éviter de soumettre les animaux à des « souffrances excessives et inutiles » (§ 65) ainsi que celui de protection de la santé humaine (§ 66). La Cour ajoute que l'on ne peut exiger du législateur européen qu'il prenne en compte la situation particulière de certaines communes flamandes (§ 73) et que le surcoût, fût-il considérable, que représenterait la création d'un nombre d'abattoirs agréés suffisant pour faire face à la demande lors de la fête du sacrifice, ne doit pas être pris en compte lors de l'appréciation de la validité du règlement (§ 79). Dans son avis précité, le Conseil d'État de Belgique s'était montré plus soucieux de l'effectivité de la liberté religieuse en estimant, se fondant sur la Cour européenne des droits de l'homme⁵², que si l'exigence que l'abattage se fasse exclusivement dans des abattoirs agréés est admissible, « il faudrait toutefois veiller à ce que la capacité des abattoirs permette de garantir aux fidèles un approvisionnement suffisant⁵³ ».

Suite à cet arrêt, l'accommodement permettant l'abattage rituel perd donc, dans les communes à forte population musulmane, une grande part de son effectivité. Pourtant, le règlement permet toujours aux chasseurs et autres toréadors d'abattre les animaux sans étourdissement préalable, au nom « des traditions culturelles et des patrimoines régionaux » (considérant 15 du règlement), le règlement ne s'appliquant pas lorsque les animaux sont mis à mort « lors de manifestations culturelles ou sportives » (art. 1^{er} a) iii). Les associations musulmanes ont plaidé en vain que la fête du sacrifice pourrait être qualifiée de manifestation culturelle (§ 21). La Cour de justice s'est retranchée derrière une égalité on ne peut plus formelle pour refuser de s'aventurer dans sa concrétisation.

Par ailleurs, les régions belges ont adopté des législations qui, au nom de la protection des animaux, suppriment la dérogation à l'exigence d'étourdissement préalable en cas d'abattage rituel⁵⁴.

51. CJUE, 29 mai 2018, aff. C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e. a. c. Vlaams Gewest. V. S. WATTIER*, « Arrêt “Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties” : l'obligation d'effectuer l'abattage rituel dans un abattoir agréé au regard du droit à la liberté de religion », *JDE* 2018, p. 385-387.

52. CEDH, Gde ch., 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*.

53. Avis 40.350/AG, précit., 4.2.2.

54. D. Région wallonne, 18 mai 2017, modifiant les articles 3, 15 et 16 et insérant un article 45ter dans la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des

Analysant ces législations à l'état de proposition, la section de législation du Conseil d'État a maintenu son analyse de 2006, invitant le législateur « à prendre et à appliquer des mesures qui, plutôt que de supprimer purement et simplement la dérogation à l'exigence d'étourdissement préalable en cas d'abattage rituel, permettent d'assurer un équilibre entre la poursuite du bien-être des animaux et le respect des convictions religieuses de chacun⁵⁵ ». Elle ajoute qu'elle

« n'aperçoit en effet pas, dans les propositions à l'examen, comment, en conformité avec la marge de manœuvre que ménage l'article 26, paragraphe 2, du règlement, les aménagements nécessaires ont été recherchés pour réaliser un juste équilibre entre les intérêts contradictoires en jeu, à savoir, d'un côté, le souci du bien-être animal et la légitime prise en compte de convictions de celles et ceux qui attachent une importance particulière à ce bien-être, et, d'un autre côté, la liberté de religion de celles et ceux qui estiment que l'absence d'étourdissement d'un animal avant son abattage constitue un élément essentiel de la pratique de leur religion. Il s'impose donc de revoir ces deux propositions de manière à les assortir de tels aménagements nécessaires, et ce dans le respect du règlement ».

C'est un appel à une loi d'accommodement qui est ainsi lancé⁵⁶.

Le Conseil d'État n'a pas été suivi et les législations ont été adoptées. Il appartiendra à la Cour constitutionnelle, saisie par des associations juives (dont le Consistoire israélite de Belgique) et musulmanes (dont l'Exécutif des musulmans de Belgique), de trancher la question, au besoin en interrogeant la Cour de justice de l'Union européenne sur la question de savoir si le droit de l'Union ne fait que permettre l'abattage rituel ou exige le maintien de cette exception au nom de la liberté de religion⁵⁷.

animaux ; D. Région flamande, 7 juill. 2017, portant modification de la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux, en ce qui concerne les méthodes autorisées pour l'abattage des animaux. La Région bruxelloise s'est pour sa part contentée d'interdire l'abattage à domicile, sans prohiber les abattoirs temporaires (ord. 25 janv. 2018 modifiant la loi du 14 août 1986 relative à la protection et au bien-être des animaux).

55. Avis 59.484/3 et 59.485/3 (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2014-2015, n° 111/2 et n° 351/2) dont les extraits principaux sont traduits en français dans l'avis 60.870/4 et 60.871/4 du 20 février 2017 sur des propositions devenues le décret du 18 mai 2017, *Doc. parl.*, Parl. W., 2014-2015, n° 110/2 et 2016-2017, n° 604/2.

56. V., dans ce numéro, S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, art. cit.

57. V. C. SÄGESSER, art. cit., p. 40-42.

3. LES ÉCOLES DE CONFESSION MINORITAIRE MAINTENUES MALGRÉ LA LOI

La démocratie consociative trouve souvent un compromis par la conclusion de grands pactes associant les mondes catholique et laïque s'opposant au sein d'un clivage⁵⁸. Le Pacte scolaire, conclu en 1958 pour mettre fin à la seconde guerre scolaire, en est le plus connu.

La loi du 29 mai 1959, dite du Pacte scolaire, contient une disposition, l'article 4, qui permet aux parents adeptes de cultes minoritaires reconnus de donner à leurs enfants une éducation conforme à leurs convictions, dans un certain confort : « le droit des parents de choisir le genre d'éducation de leurs enfants implique la possibilité de disposer à une distance raisonnable d'une école correspondant à leur choix⁵⁹ ».

Le principe consacré par le Pacte scolaire a survécu à la communautarisation de l'enseignement, ainsi que le révèle la législation des Communautés flamande et française relative aux normes de programmation, qui énoncent les conditions de création et de maintien des établissements scolaires.

La Communauté flamande a créé la catégorie des « écoles de libre choix », qui a droit à un régime préférentiel en termes de normes de programmation. L'école de libre choix est celle qui « est reconnue par l'instance compétente du culte ou de la philosophie en question ». La Communauté doit, à la demande de parents qui optent soit pour l'enseignement officiel soit pour l'enseignement libre basé sur une religion ou une philosophie reconnue, et qui ne le trouvent pas à une distance de quatre kilomètres au plus, soit financer une telle école même si elle ne répond pas aux normes de programmation, soit intervenir dans les frais de transport vers une telle école. Pour ce faire, il suffit que 16 élèves y soient inscrits pour qu'elle puisse ouvrir et demeurer, alors que pour les autres écoles, les normes de programmation varient selon la densité de la population et les années d'existence, entre 25 et 140 inscrits⁶⁰. En outre, l'école de libre choix bénéficie d'un surcroît de subventions⁶¹.

58. V. H. DUMONT, « La para-légalité... », *op. cit.*, p. 647-649.

59. Art. 4, al. 2. Le terme « genre » est emprunté à l'article 26 § 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants » (Rapport de la Commission de la Chambre, *Doc. Parl.*, Ch. 1958-1959, n° 2, p. 5). Il vise donc la possibilité pour les parents de choisir un enseignement fondé sur l'une des religions reconnues ou un enseignement neutre. Dans les faits, sauf exception, l'offre proposée se limite à garantir un choix binaire, entre un enseignement confessionnel ou non confessionnel. V. X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, *op. cit.*, p. 220-224.

60. Décret et arrêté du Gouvernement flamand du 17 juin 1997 relatif aux normes de programmation et de rationalisation dans l'enseignement fondamental ordinaire, art. 102.

61. D. Communauté flamande, 25 févr. 1997, relatif à l'enseignement de base, art. 99 et 100.

De son côté, la Communauté française a, à partir de 1995, adopté des normes drastiques de programmation, en vertu desquelles, par exemple, une école secondaire doit compter au moins 400 élèves⁶². Il est précisé que ces normes s'appliquent également aux établissements créés en application de l'article 4 de la loi du Pacte scolaire au nom d'une stricte application du principe d'égalité : les normes de création et de maintien « doivent être d'application pour l'ensemble des établissements. On risquerait sinon de créer une discrimination entre établissements et une difficulté pour la Communauté française de subventionner des établissements qui ne réunissent pas des populations suffisantes pour garantir la qualité de l'enseignement, notamment en raison de la nécessité de rassembler des élèves d'âges et de niveaux trop différents⁶³ ».

Certes, le décret autorise le Gouvernement à déroger à ces normes, selon certains critères qu'il détermine, à savoir notamment la circonstance qu'un établissement est le seul de son « genre » dans une zone considérée⁶⁴. Dans la logique de la législation, cette dérogation doit cependant être temporaire. Or la dérogation est devenue permanente au profit d'écoles juives qui comptent un très petit nombre d'élèves⁶⁵. Si ce maintien contrevient à l'esprit du législateur, au point que l'on peut y déceler un accès de para-légalité au sens défini dans l'introduction, il permet à la réglementation de la Communauté française de satisfaire aux exigences du Pacte scolaire en matière de libre choix, qui ont été enchâssés dans la Constitution lors de la révision de 1988, dont l'article 24 § 1^{er} alinéa 2 dispose : « La Communauté assure le libre choix des parents ». Le cabinet de la ministre de l'enseignement obligatoire, Marie-Dominique Simonet, justifia ainsi ces dérogations : « le judaïsme est un culte reconnu et nous avons le devoir de financer et soutenir ce type d'enseignement⁶⁶ ».

62. D. Communauté française, 29 juill. 1992, portant organisation de l'enseignement secondaire de plein exercice, art. 5bis inséré par un décret du 5 août 1995.

63. Exposé de motifs du projet devenu le décret du 19 juillet 2011 précité : *Doc. P.C.F.*, 2010-11, n° 231/1, p. 13.

64. D. 29 juill. 1992, art. 5quinquies exécuté par un arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 16 mai 2013.

65. Une dérogation a ainsi été accordée à l'Athénée juif orthodoxe Maïmonide jusqu'à sa disparition en 2017 (V. N. ZOMERSZTAJN, « Athénée Maïmonide : suite et fin », *Regards*, n° 873, 2017 : www.cclj.be/actu/vie-juive/athenee-maimonide-suite-et-fin [consulté le 13 déc. 2018]), même lorsqu'il comptait moins de 60 élèves (A. 17 juin 2015). L'autre Athénée juif de Bruxelles, Ganenou, continue à bénéficier de la dérogation (A. 11 juill. 2018).

66. H. DORZÉE, « L'Athénée juive Maïmonide en difficulté financière », *Le Soir*, 25 janv. 2013, p. 6.

4. LA CIRCONCISION RITUELLE PRATIQUÉE HORS LA LOI

La circoncision se pratique pour de multiples raisons, notamment médicales, mais aussi rituelles⁶⁷. Elle est tantôt l'expression d'une obligation religieuse, comme chez les juifs, tantôt l'observation d'une tradition bien enracinée, comme chez les musulmans. Dans les deux cas, il s'agit d'un rite protégé par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Mais l'ablation du prépuce est une mutilation, l'atteinte corporelle étant irréversible. Techniquement, ce rite répond aux caractéristiques d'un acte médical sans être médicalement justifié. Praticqué sur un mineur, voire un nourrisson, il se passe de son consentement. L'atteinte au droit à l'intégrité physique de l'enfant est indéniable. Ainsi considérée, la circoncision rituelle devrait être proscrite par le droit pénal.

En confrontant la liberté de religion des parents au droit à l'intégrité physique de l'enfant, la circoncision ne trouve pas sa place dans le droit positif. Elle est hors la loi en ce sens qu'elle est ignorée par la loi.

Jusqu'à présent, et comme nombre de pays européens⁶⁸, la Belgique s'applique à ne pas légiférer. Elle tolère la circoncision rituelle de manière discrète mais assumée sans pour autant en consacrer la protection au titre de la liberté religieuse.

La circoncision est-elle pénalement répréhensible? Sans aucun doute, mais pas au titre de mutilation, celle-ci devant être « grave » pour être condamnable. Néanmoins, sur la base de l'article 398 du Code pénal, elle correspond à la qualification de « coups et blessures volontaires ». La peine de six mois d'emprisonnement s'alourdit si l'on retient la préméditation et l'état de minorité de la « victime ». Le minimum encouru est doublé si l'auteur des faits est son ascendant, son collatéral jusqu'au quatrième degré ou a la garde de l'enfant. Des conséquences imprévues ou involontaires causées par

67. V. L.-L. CHRISTIANS, X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « La circoncision rituelle en droit belge », in V. FORTIER (dir.), *La circoncision rituelle, enjeux de droit, enjeux de vérité*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016, p. 160-176; X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « La circoncision rituelle en Europe: vers une tension entre la liberté de religion des parents et l'intégrité physique de l'enfant? », in D. KOUSSENS et al. (dir.), *La religion hors la loi: l'État libéral à l'épreuve des religions minoritaires*, actes du colloque de Sherbrooke des 2 et 3 oct. 2014, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 155-185, et les réf. citées dans ces publications.

68. Seules la Suède (2001) et l'Allemagne (2012) ont récemment légiféré sur la circoncision. Le Royaume-Uni, quant à lui, organise la formation des *mohels* depuis 250 ans. Pour un tour d'Europe sur l'état de la législation en la matière: X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « La circoncision rituelle en Europe... », *op.cit.*, p. 155-185.

l'intervention pourraient également alourdir la peine encourue⁶⁹. Pourtant, la circoncision n'est pas poursuivie pénalement.

Pour autant, elle est loin d'être pratiquée dans la clandestinité. Le corps médical y prête même volontiers son concours. Si la pratique en privé de la circoncision n'est pas chiffrée, l'on observe, au travers des demandes de remboursement faites auprès de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité, qu'elle est courante et vraisemblablement de plus en plus fréquemment pratiquée dans le cadre hospitalier⁷⁰.

Comment alors appréhender juridiquement cette pratique ? Faut-il y voir une coutume *contra legem*, figure juridique paradoxale qui devient difficilement imaginable lorsqu'elle est confrontée au droit pénal ? Et comment justifier pareille attitude des pouvoirs publics ? Qu'elle soit pratiquée sur nos continents depuis des temps immémoriaux suffit-il à justifier cette tolérance⁷¹, voire à en neutraliser toute composante délictuelle ?

Le législateur belge répugne à faire entrer la circoncision dans le droit positif. S'il ne veut pas en consacrer ouvertement la protection, pourquoi est-ce si délicat de la réglementer ? Les occasions de légiférer n'ont pourtant pas manqué.

En droit pénal d'abord. Lorsqu'en 1998, le législateur entend incriminer spécifiquement l'excision, le Conseil d'État attire son attention sur l'ambiguïté des mots retenus⁷². La loi est précisée de manière à ne viser que les mutilations des organes génitaux d'une personne de sexe féminin⁷³. C'est donc consciemment que le législateur exclut la circoncision du champ du droit, cette fois-ci pour éviter de l'assimiler à l'excision.

En droit médical ensuite. Les contours de l'acte médical ont été élargis de manière substantielle par la loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de

69. Pour une analyse détaillée des textes pénaux belges pertinents en la matière, V. avis n° 70 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique donné le 8 mai 2017 relatif aux aspects éthiques de la circoncision non médicale, p. 19-23 : www.health.belgium.be/bioeth [consulté le 13 déc. 2018].

70. V. avis n° 70 précit., p. 16. Même si cet avis invite à ce que la charge financière de cette intervention ne pèse pas sur l'ensemble des citoyens, la question n'est pas tranchée dans la mesure où rien n'impose au médecin de spécifier la cause de la circoncision.

71. E. LANGENAKEN, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà le consentement des partenaires », *RD pén. crim.*, 2003/4, p. 483.

72. Avis n° 27.996/2 du 22 octobre 1998 sur un avant-projet devenu la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs, *Doc. Parl.*, Ch., session 1998-1999, n° 1907/1, p. 71.

73. C. pén. belge, art. 409 § 1^{er}.

chirurgie esthétique. Désormais, il recouvre notamment « tout acte technique médical, comportant un passage à travers la peau ou les muqueuses, et visant principalement l'apparence corporelle d'un patient pour des motifs esthétiques, à l'exclusion de tout but thérapeutique ou reconstructeur⁷⁴ ». De cette définition s'imposent des règles : réalisation par une personne habilitée – un médecin –, nécessité du consentement de l'intéressé et exigence de normes sanitaires élevées. Sans doute en raison de ces conditions parfois impraticables, le législateur a-t-il retoqué son premier texte afin d'en exclure « les tatouages, les piercings et les techniques d'épilation⁷⁵ ». Point de circoncision ! Pourtant ces deux réformes législatives sont postérieures au jugement du tribunal de Cologne du 7 mai 2012 qui fit trembler les communautés juives et musulmanes européennes en renvoyant la circoncision rituelle même pratiquée dans les meilleures conditions sanitaires à sa seule dimension pénale, celle de « coups et blessures volontaires »⁷⁶. Là encore, le législateur ne peut qu'agir délibérément en n'abordant pas la dimension médicale et sanitaire de la circoncision quel qu'en soit le but.

Est-ce de peur de devoir réglementer la pratique du *mohel*, ce circonciseur juif qui n'est pas nécessairement médecin ? Est-ce au contraire la crainte de devoir rendre des comptes à la neutralité, principe belge équivalent à la laïcité française, qui se verrait mal prise à autoriser le remboursement d'actes rituels⁷⁷ ?

Le Conseil de l'Europe ayant formulé une résolution et une recommandation plutôt critiques à l'égard de la circoncision⁷⁸, il devenait compliqué pour la Belgique de ne pas se positionner. Le Comité consultatif de bioéthique s'y pencha donc. L'avis n° 70 relatif aux aspects éthiques de la circoncision non médicale rendu le 8 mai 2017 « ne recommande pas de modification législative ». Tout au plus affirme-t-il « que la charge financière de la circoncision non médicale ne doit pas incomber à l'ensemble des citoyens » et propose-t-il, « à l'unanimité, de réfléchir à surmonter les controverses en encourageant l'évolution des pratiques vers la seule symbolique, de sorte que les rites continuent à se réaliser, mais sans inscription dans la chair

74. L. relative à l'exercice des professions des soins de santé, coordonnée le 10 mai 2015, art. 3.

75. L. 10 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de santé.

76. À propos de cet arrêt, V. les réf. dans les articles cités en note 67.

77. V. les débats au sein du Comité consultatif de bioéthique, dont rend compte l'avis n° 70 précité.

78. Résolution 1952 (2013) adoptée le 1^{er} oct. 2013, « Le droit des enfants à l'intégrité physique » et Recommandation 2023 (2013) adoptée le 1^{er} oct. 2013, « Le droit des enfants à l'intégrité physique ».

de l'enfant. Ainsi, toutes les sensibilités religieuses seraient respectées sans qu'il soit porté atteinte à l'intégrité physique de quiconque». Protégeons le rite dans son principe, mais gardons-nous d'en encadrer la pratique, tel est ainsi le credo belge...

Confortée dans son statut d'accommodement raisonnable – l'interdiction n'étant clairement pas à l'ordre du jour – la circoncision est condamnée à rester *hors la loi*.

POUR CONCLURE

L'apprentissage de l'égalité dans le pluralisme est un des défis de notre époque: comment dépasser l'égalité formelle pour atteindre l'égalité substantielle sans pour autant susciter un sentiment d'injustice chez ceux qui craignent le déferlement du multiculturalisme? L'accommodement raisonnable n'est pourtant que le correctif indispensable qui permet d'adapter la norme générale et abstraite au cas particulier, en évitant de discriminer quiconque sans pour autant imposer une charge déraisonnable à la société ou à autrui. Ce n'est en rien l'octroi d'un privilège. L'accommodement est son exact contraire.

Les évolutions constatées dans les quatre exemples retenus ne suscitent guère la confiance que notre société avance sur le chemin de l'égalité. Lorsqu'il définit la clause de conscience, le législateur semble davantage se préoccuper de symboles que de l'effectivité du droit à l'avortement, dans le respect raisonnable de la conscience du professionnel de la santé. Si son principe est généreusement consacré, c'est parce que cet accommodement intervient sur le clivage historique divisant les Églises et l'État, sans devoir prendre en compte l'évolution multiculturelle de la société, à la différence des trois autres cas recensés. Le bien-être des animaux semble désormais primer les rites ancestraux, partagés par deux religions du Livre, certes moins implantées chez nous que la troisième. Mais les souffrances générées par notre tradition cynégétique, parce qu'elle est bien de chez nous, n'émeuvent pas. Ce n'est que parce qu'ils parviennent à se tapir dans l'ombre, en dehors des feux de la législation, que le financement d'écoles de confession minoritaire ou la circoncision rituelle parviennent à se maintenir.

En définitive, l'aptitude d'une société à pratiquer l'accommodement raisonnable est un excellent baromètre de sa capacité à prendre en compte son hétérogénéité dans sa quête de concrétisation de l'égalité.