Liberté religieuse vs non-discrimination : La décision *Fulton v. City of Philadelphia* et ses enseignements sur la jurisprudence *Smith*

Cour Suprême des États-Unis 593 U.S. __ (2021)

Johann Morri

Electronic version

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/12973>

DOI: 10.4000/revdh.12973

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Johann Morri, "Liberté religieuse vs non-discrimination : La décision *Fulton v. City of Philadelphia* et ses enseignements sur la jurisprudence *Smith*", *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 27 September 2021, connection on 06 December 2021. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/12973> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.12973>

This text was automatically generated on 6 December 2021.

Tous droits réservés

Liberté religieuse vs non-discrimination : La décision *Fulton v. City of Philadelphia* et ses enseignements sur la jurisprudence *Smith*

Cour Suprême des États-Unis 593 U.S. __ (2021)

Johann Morri

- 1 Dans l'affrontement entre l'Amérique « libérale » et l'Amérique « conservatrice » sur nombre de questions de société (avortement, contraception, orientation sexuelle, etc.), l'invocation de la liberté de religion est devenue un instrument privilégié et parfois couronné de succès de la stratégie juridique des conservateurs. La Cour Suprême a par exemple considéré, dans l'affaire *Hobby Lobby*, qu'une loi fédérale consacrant la liberté de religion autorisait une chaîne de magasins de décoration dirigée par une entreprise à connotation religieuse à refuser de souscrire une assurance santé obligatoire, au motif que cette dernière incluait le remboursement de la contraception¹. Une telle objection de conscience religieuse peut-elle aller jusqu'à refuser à des personnes des biens, services ou prestations lorsque ce refus pourrait s'apparenter à une discrimination prohibée ? En d'autres termes, la liberté constitutionnelle de religion peut-elle devenir un permis de discriminer ?
- 2 La Cour suprême avait répondu par la négative en 1990, dans une affaire *Smith*². Elle y affirmait en substance que la liberté constitutionnelle de religion ne permettait pas de justifier une exception à des lois de portée neutre et générale (c'est-à-dire, notamment, des lois qui, sans avoir pour objet de prohiber ou limiter la pratique d'une religion, ont cependant un impact incident sur la pratique de cette religion). Cette solution semble depuis s'opposer à la revendication d'une exception religieuse à l'application de dispositions législatives prohibant les discriminations. Plus largement, la jurisprudence *Smith* constitue un frein à une invocation systématique de la liberté de religion et un

point d'appui pour la défense d'une forme de sécularisme et contre une expansion incontrôlée de la liberté religieuse. Mais précisément pour cette raison, organisations conservatrices et religieuses espèrent depuis plusieurs années obtenir l'abandon de *Smith*. Comme l'arrêt *Lemon v. Kurzman* (1971), qui affirme l'interdiction de financement des cultes et des écoles confessionnelles, ou l'arrêt *Roe v. Wade* (1973), qui reconnaît le droit à l'avortement, l'arrêt *Smith* est dans le collimateur de leur stratégie contentieuse. Mais la Cour, pour le moment, n'a pas franchi le pas.

- 3 Certes, en 2018, il y eut l'affaire dite du gâteau de mariage, dans laquelle un artisan-pâtissier avait refusé de confectionner un gâteau pour célébrer un mariage entre deux hommes. Mais la Cour s'en était tenue à une solution d'espèce, sans résoudre le conflit de principe entre liberté religieuse et non-discrimination³. Toutefois, depuis 2018, la composition de la Cour a sensiblement évolué. Avec la nomination de trois juges par le président Trump, elle comporte désormais une majorité de juges conservateurs, ce qui aiguise les appétits des organisations conservatrices.
- 4 C'est dans ce contexte qu'est intervenue l'affaire *Fulton contre Philadelphie*, qui a une nouvelle fois trait à l'articulation entre liberté de religion et législation anti-discrimination. Cette affaire concerne plus précisément une association catholique gérant, dans la cadre d'une convention avec la commune de Philadelphie, un service d'agrément de familles d'accueil. Cette association refusant pour des motifs religieux d'agréer des couples de même sexe, la commune a refusé de poursuivre sa collaboration avec elle, ce que conteste devant le juge l'association.
- 5 Or, malgré sa nouvelle composition, la Cour a fait preuve de prudence : alors que les requérants espéraient l'abandon pur et simple de la jurisprudence *Smith* (I), la Cour se contente, pour le moment, de donner une interprétation restrictive de son champ d'application (II).

I. La tentative de remise en cause de la jurisprudence *Smith*

- 6 **L'affaire *Fulton*.** Comme dit précédemment, l'affaire *Fulton* mettait en scène le service d'aide sociale à l'enfant de la ville de Philadelphie, lequel fait appel, pour le recrutement des familles d'accueil devant prendre en charge des enfants ou adolescents, à des associations avec lesquelles il conclut des conventions. L'association *Catholic Social Services* (CSS) est une de ces « agences » et travaille depuis une cinquantaine d'années avec la municipalité.
- 7 Dans sa mission de sélection des familles, l'association est guidée par des principes influencés par son orientation religieuse. Ainsi, considérant le mariage comme « un lien sacré entre un homme et une femme », le CSS refuse par principe de sélectionner tant des couples non mariés que des couples mariés de même sexe. En 2018, la ville de Philadelphie jugeant cette politique discriminatoire a décidé de ne plus adresser de dossiers au CSS et de ne pas renouveler la convention. Elle s'est fondée, d'une part, sur les stipulations de la convention passée avec l'association, qui contenaient un principe de non-discrimination et, d'autre part, sur les dispositions du *Fair Practices Ordinance*, une réglementation locale anti-discrimination en vigueur à Philadelphie⁴.
- 8 Les juridictions fédérales ont été saisies par l'association et par trois familles d'accueil, qui ont fait valoir que la décision de la commune méconnaissait la liberté de religion

garantie par le 1^{er} amendement de la Constitution. Leur requête a été rejetée en première instance et en appel, les juridictions se fondant sur l'arrêt *Smith* rendu par la Cour suprême en 1990⁵.

- 9 **Le précédent *Smith*.** L'affaire *Smith* concernait le refus d'une allocation de chômage à des salariés licenciés pour avoir fait usage de stupéfiants. Ces employés, qui appartenaient à une Église amérindienne, avaient fait valoir que la substance en cause - le « peyotl », une substance psychotrope contenue dans certains cactus - avait été consommée à des fins rituelles. Ils soutenaient dès lors que le refus d'octroi de l'allocation chômage constituait une atteinte à leur liberté religieuse. Leur argumentation se fondait sur deux précédents : l'affaire *Sherbert v. Verner*⁶, dans laquelle la Cour avait annulé le refus d'indemnité de chômage à une adventiste licenciée pour avoir refusé de travailler le samedi, et l'affaire *Wisconsin v. Yoder*⁷, dans laquelle la Cour avait jugé que la liberté de religion faisait obstacle à l'application aux enfants de la communauté Hamish de la scolarité obligatoire au-delà de 14 ans (écartant la loi du Wisconsin imposant la scolarisation jusqu'à 16 ans).
- 10 Mais revenant sur sa jurisprudence antérieure, la Cour suprême a jugé en 1990 dans la décision *Smith* que lorsqu'une loi contient une prohibition générale et neutre d'un comportement (par exemple, une loi interdisant la consommation de stupéfiants pour des motifs de santé publique), la liberté de religion n'oblige par les autorités publiques à accorder des dérogations individuelles, même dans le cas où l'application de ces dispositions générales aurait, de façon incidente, des conséquences importantes sur les pratiques religieuses de groupes ou d'individus. En d'autres termes, la Cour Suprême a adopté une approche catégorique, refusant par principe de reconnaître un droit à des exemptions ou des accommodations religieuses. Elle a ainsi récusé l'approche qui aurait consisté à examiner *in concreto* le bien-fondé de telles demandes d'accommodements, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte aux convictions religieuses et l'intérêt poursuivi par le législateur. Pour fonder cette solution, la Cour avait notamment relevé, sous la plume du juge Scalia, que la possibilité de mettre en œuvre d'une politique publique ne peut pas dépendre de la mesure de ses effets sur les convictions religieuses des individus, sauf à ce que chaque individu devienne son « propre législateur » (« a law unto himself »)⁸.
- 11 Pour rejeter l'approche concrète, la Cour ajoutait que l'appréciation du poids ou de la centralité, pour un individu, de telle ou telle conviction, serait à la fois impraticable, illégitime, et socialement dangereuse. Impraticable, dans la mesure il serait impossible de dégager un standard juridique opérant. Illégitime, dans la mesure où il n'appartiendrait pas au juge de mesurer la valeur d'une conviction religieuse. Dangereuse socialement dans le cas des États-Unis, société cosmopolite où presque chaque opinion religieuse est représentée. Dans un tel contexte, le juge Scalia relevait que ces exemptions ouvriraient la porte à « l'anarchie », sous la forme de dérogations aux obligations civiques ou aux législations les plus courantes (service militaire, vaccination, droit du travail, lois sur l'égalité, etc.).⁹

II. Une jurisprudence maintenue, mais fragilisée

- 12 **Une jurisprudence contestée.** La décision *Smith* avait plusieurs traits notables dont le rappel est utile à la compréhension du contexte entourant la décision *Fulton*. D'abord parce qu'elle a été rendue par des juges conservateurs, qui s'inquiètent alors des effets

potentiellement délétères des accommodations religieuses sur la cohésion sociale. En effet, c'est le juge Scalia, icône de l'originalisme et du conservatisme judiciaire, qui a signé l'opinion *Smith*, au nom d'une majorité de cinq juges, qui comprenait notamment le chief justice Rehnquist, également connu pour ses positions conservatrices.

- 13 Ensuite, parce que l'opposition qu'elle a suscitée a réuni aussi bien les associations de défense des libertés d'obédience progressiste et séculière, comme l'ACLU, qui avait au demeurant représenté Smith devant la Cour Suprême, que des organisations religieuses et/ou conservatrices. Cette très large coalition a d'ailleurs remporté une victoire politique en obtenant l'adoption deux lois fédérales destinées à limiter les effets de *Smith* et à réintroduire la primauté de la liberté de religion : le *Religious Freedom Restoration Act* (adopté en 1993 sous la présidence Clinton et partiellement invalidé par la Cour suprême pour avoir excédé la compétence fédérale) et le *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (adopté en 2000 pour réintroduire les dispositions du RFRA sous une forme atténuée).
- 14 Enfin, parce que la Cour Suprême a, de son côté, nuancé et restreint la portée de la jurisprudence *Smith*. Elle a en effet distingué le cas des lois neutres et de portée générale de celles adoptées dans le but de « cibler » une religion particulière. Dans une affaire concernant une religion afro-caribéenne pratiquant le sacrifice d'animaux, la Santeria, la Cour a jugé à l'unanimité qu'une ordonnance locale d'apparence générale, mais adoptée sur mesure pour s'opposer à ces sacrifices rituels ne constituait pas une loi neutre¹⁰. Dès lors, cette loi ne pouvait se réclamer de la jurisprudence *Smith* et devait faire l'objet du degré de contrôle « strict » qui s'applique notamment en cas d'atteinte à la liberté de religion (le contrôle de « *strict scrutiny* » est le degré de contrôle le plus exigeant en droit constitutionnel américain, et son application entraîne souvent la censure des dispositions contestées).
- 15 Malgré ces précisions, la jurisprudence *Smith* est demeurée très contestée par les milieux conservateurs et religieux qui promeuvent une conception extensive de la liberté de religion. La contestation s'est même accentuée avec le temps, de sorte que l'on ne trouve plus guère de conservateurs « séculiers » prêts à la défendre. De leur côté, les organisations progressistes qui avaient critiqué l'arrêt *Smith* sont partiellement revenues sur leur analyse originelle percevant les risques d'une application excessive de la liberté de religion. L'ACLU, en particulier, s'oppose désormais à l'invocation de la liberté de religion contre les lois anti-discrimination.
- 16 Les opposants à l'arrêt *Smith* espéraient que l'affaire *Fulton* serait, compte tenu de l'évolution récemment survenue dans la composition de la Cour Suprême, l'occasion d'un revirement. Mais la Cour a refusé, pour le moment, de s'engager dans cette voie, préférant adopter une solution de portée restreinte.
- 17 **Le maintien (provisoire ?) de la jurisprudence *Smith*.** Par une majorité de 6 (le Chief Justice Roberts, deux juges « conservateurs », Barrett et Kavanaugh, et les trois juges « libéraux ») contre 3, la Cour a donné raison à l'association requérante, mais sans remettre en question la jurisprudence *Smith*. Pour justifier cette solution, elle considère que la disposition contestée n'est pas une loi de portée neutre et générale au sens de l'arrêt *Smith*. La Cour énonce qu'une disposition n'est pas neutre et généralement applicable au sens de l'arrêt *Smith* si elle contient un mécanisme d'exemption individuelle qui permet à l'administration de se livrer à des appréciations de situations particulières. Or, en l'espèce, le principe de non-discrimination posé par la ville de Philadelphie dans sa convention avec l'agence prévoyait la possibilité d'exceptions

individuelles, à la « seule discrétion » de l'administration. Dès lors, la condition préalable à l'application de la jurisprudence *Smith* n'était pas remplie eu égard à la condition posée dans le contrat. S'agissant de l'autre disposition de portée générale invoquée par la municipalité, l'Ordonnance anti-discrimination de la ville de Philadelphie, la Cour la juge simplement inapplicable en l'espèce, dans la mesure où elle ne s'applique qu'à la discrimination dans les lieux publics ou dans les prestations offertes au public (ce que recouvre la notion américaine de « *public accommodations* »).

- 18 Ayant ainsi évacué l'application de la jurisprudence *Smith*, la Cour retombe sur le principe général en cas d'atteinte à la liberté de religion : l'application d'un contrôle « strict », c'est-à-dire maximal. Elle conclut qu'en l'espèce l'atteinte portée à la liberté de religion est disproportionnée dans la mesure, notamment, où la ville avait elle-même admis la possibilité d'exceptions, et qu'accorder une exception n'aboutirait pas à réduire le nombre de familles d'accueil, mais à l'augmenter¹¹. Enfin, sans méconnaître l'intérêt pour la ville de promouvoir l'égalité et à la non-discrimination, la Cour estime que la ville a affaibli la force de ce motif en admettant elle-même la possibilité de dérogation. Au vu de ces circonstances, elle donne donc raison à l'association requérante.
- 19 Toutefois, la lecture des opinions séparées, et en particulier de l'opinion concurrente de la juge Coney Barrett, rejointe en tout ou partie par deux autres membres de la Cour (le juge Kavanaugh et le juge Breyer pour une partie de l'opinion), montre qu'une majorité de la Cour s'interroge sur le maintien de la jurisprudence *Smith*. La juge Coney Barrett commence par relever qu'il existerait de forts arguments textuels et structurels en faveur de l'abandon de *Smith*. Si elle ne franchit pas le pas, c'est qu'elle estime qu'il n'existe pas encore d'alternative claire à *Smith*. Elle se déclare sceptique quant à la solution qui consisterait à basculer de façon pure et simple dans un régime de contrôle strict, passant d'une approche catégorique à une autre approche catégorique opposée.
- 20 Dans l'immédiat, la Cour adopte donc une voie médiane. Elle refuse d'abandonner la jurisprudence *Smith*, mais en fait une lecture restrictive, qui permet d'accorder aux requérants une victoire pratique et symbolique, laquelle ne s'appliquera toutefois qu'en l'absence de dispositions neutres et générales. On peut aussi noter que, quelques jours après *Fulton*, la Cour a refusé d'examiner une affaire proche de celle de l'affaire du pâtissier, laissant en place l'arrêt d'une cour d'appel qui avait jugé illégal le refus d'un fleuriste chrétien de fournir des fleurs pour un mariage gay¹². Sur ce sujet, au moins, la nouvelle composition de la Cour et sa « supermajorité » conservatrice n'est pas synonyme de changement radical et immédiat. Certains des juges conservateurs reconnaissent même les risques d'une large dérogation religieuse aux lois de portée générale et, en particulier, aux lois anti-discrimination.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. *Burwell v. Hobby Lobby*, 134 S. Ct. 2751 (2014). À noter que cette affaire ne concernait pas l'application de la liberté constitutionnelle de religion, mais les dispositions d'une loi fédérale, le RFRA, qui donne de la liberté de religion une conception plus extensive, mais qui ne s'applique qu'aux autorités fédérales. Le RFRA a un équivalent qui s'applique aux États, le RLUIPA, mais avec un champ d'application limité.
 2. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990)
 3. *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018) : la Cour s'était contentée de relever que la commission des droits civils du Colorado avait, dans les circonstances particulières de l'espèce, fait preuve d'« hostilité » à l'égard des convictions religieuses du pâtissier.
 4. Aux États-Unis, la législation anti-discrimination est aussi bien fédérale que locale. Non seulement beaucoup d'États fédérés ont leurs propres lois antidiscrimination, mais les collectivités locales (villes, comtés, etc.) peuvent aussi adopter leurs propres dispositions, dans le respect des règles de compétences en vigueur à l'intérieur de chaque État fédéré.
 5. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, *op. cit.*
 6. *Sherbert v. Verner* 374 U.S. 398 (1963).
 7. *Wisconsin v. Jonas Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).
 8. *Smith*, *op. cit.*, 494 U.S. 872, 895, citant l'arrêt *Reynolds* 98 US 145,167 (1878).
 9. *Smith*, 889.
 10. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).
 11. La Cour, qui n'explique pas son raisonnement sur ce point, semble considérer que, plus il y aura d'agences, plus il y aura de familles d'accueil. Mais on peut évidemment relever qu'autoriser les agences à exclure certaines familles aboutira aussi à diminuer le nombre de familles disponibles pour accueillir des mineurs.
 12. <https://www.reuters.com/world/us/us-supreme-court-rebuffs-appeal-by-florist-who-spurned-gay-couple-2021-07-02/>
-

ABSTRACTS

Dans l'arrêt *Smith*, rendu en 1990, la Cour suprême a jugé que la liberté de religion ne pouvait pas être invoquée pour exiger des dérogations à des lois de portée neutre et générale, quel que soit l'effet de ces lois sur la pratique religieuse. Malgré cette jurisprudence, la liberté de religion est de plus en plus fréquemment invoquée pour contester des dispositions législatives et réglementaires, et notamment l'application des lois anti-discrimination. Dans l'affaire *Fulton*, une agence de sélection de famille d'accueil invoquait la liberté de religion pour refuser d'agréer des couples de même sexe. La Cour donne raison à l'association, dans les circonstances de l'affaire. Mais la Cour, qui se contente de relever que les conditions d'application de la jurisprudence *Smith* ne sont pas réunies, refuse pour le moment d'abandonner cette jurisprudence.

AUTHOR

JOHANN MORRI

Lecturer à l'UC Davis – King Hall School of Law (Université de Californie) – Diplômé du DEA « Droits de l'homme et libertés publiques » (Université Paris X-Nanterre) et du LLM de l'Université de Californie (Davis)