



Liberté de culte et restrictions sanitaires aux Etats-Unis (2020-2021) : Les nouveaux contours d'une liberté essentielle

Blandine Chelini-Pont

► To cite this version:

Blandine Chelini-Pont. Liberté de culte et restrictions sanitaires aux Etats-Unis (2020-2021) : Les nouveaux contours d'une liberté essentielle. François Hourmant, Religions et Covid, Discours et Pratiques, Hermann Editions, 2022, 9791037021335. hal-03936575

HAL Id: hal-03936575

<https://amu.hal.science/hal-03936575>

Submitted on 12 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

IV

Liberté de culte et restrictions sanitaires aux États-Unis (2020-2021) : nouveaux contours d'une liberté « essentielle »

BLANDINE CHELINI-PONT

Entre février et novembre 2020, au temps des confinements et restrictions d'accès à l'espace public aux États-Unis, la liberté de culte a été au cœur d'une vive polémique qui a contribué à nourrir la forte polarisation de la campagne présidentielle et à alimenter les recours judiciaires. Sans surprise, tandis que la plupart des dénominations acceptaient les limitations, cherchaient à protéger leurs fidèles de la contamination dans leurs lieux de culte à l'occasion des liturgies, grandes fêtes et cérémonies familiales, d'autres dénominations, majoritairement des *megachurches* pentecôtistes, ont pris à témoin médias et justice. Elles ont dénoncé les atteintes intolérables des gouverneurs à leur liberté religieuse, soutenues dans leur indignation par le président en campagne Donald Trump, le département fédéral de la Justice et les élus républicains dans les États.

L'hétérogénéité des réactions religieuses et la part plus importante dans les recours judiciaires des congrégations pentecôtistes, est liée à la radicalité plus marquée au sein de ces familles religieuses d'un imaginaire de la « liberté » lui-même en rapport avec une culture du lieu de culte comme espace sacré au sens romain du terme, c'est-à-dire un espace qui doit être perpétuellement entretenu à « maintenir » la présence divine et au seul sein duquel s'opère la connexion au divin (et à ses miracles). Certaines mauvaises langues diraient aussi que les oppositions aux restrictions sanitaires ont été largement motivées par les intérêts financiers des congrégations qui, plus elles se trouvent « libres » plus elles sont en fait dépendantes de leur propre(s) lieu(x) de culte, qui s'apparente(nt) à des entreprises privées.

La différence de réaction des groupes religieux s'est greffée sur une autre différence. Dans la gestion sanitaire des autorités publiques, les attitudes face à la contamination sont allées du confinement le plus strict au laissez-faire attentiste, avec un minimum de précautions dans les rues et les espaces ouverts au public. Comme il existe un certain flottement de la compétence sanitaire de l'État fédéral, ce sont les États et les communes qui ont pris en charge l'ordre public sanitaire. Ce faisant, le respect traditionnel de la liberté religieuse au sein des institutions publiques s'est doublé parmi les élus républicains d'une rhétorique emphatique sur le respect du premier amendement de la Constitution fédérale, en l'espèce à sa deuxième clause sur le libre exercice du culte. États et villes républicaines ont fait preuve de précaution pour chercher absolument à maintenir les lieux de culte ouverts et dénoncer le contraire chez leurs adversaires démocrates. Tout comme il y a eu un lien entre résistance à la restriction sanitaire et lecture religieuse plus ou moins radicale du « service religieux », il y a aussi eu un lien entre dénonciation de mesures sanitaires trop strictes et orientation politique des décisionnaires qui les avaient prises, alors même que des élus républicains ont pu être très stricts aussi. États et villes démocrates ont été considérés comme plus restrictifs qu'États et villes républicains. Ainsi les cultes « libres » ont été d'autant plus prompts à dénoncer leur manque de liberté et à saisir les cours fédérales, que les ordres exécutifs émanaient d'élus démocrates.

En tout ceci, la situation états-unienne a presque été à l'opposé de la situation française : La restriction de culte pour cause de pandémie a fabriqué une carte pleine de trous sur l'ensemble du territoire américain, une carte en pointillé dans un système de cas par cas, d'une église à une autre, d'un quartier à un autre, et, en remontant, d'une ville à une autre, d'un comté à un autre, d'un État à un autre, mais généralement la liberté de culte public a été maintenue. Ensuite, tandis que les contestations restaient relativement modestes en France et qu'elles se sont surtout produites à partir de l'automne 2020, tempérées par les modulations du Conseil d'État face aux décrets du Premier ministre, la situation n'a cessé de s'envenimer aux États-Unis, liée au contexte de la campagne présidentielle. Malgré une latitude sans comparaison laissée à la liberté de pratique pendant la pandémie, invectives politiques et procès se sont multipliés au fur et à mesure de l'avancée de la campagne et ils ont débouché sur des jurisprudences « renversantes », dont nous tenterons de mesurer l'impact.

I. PRUDENCE CULTUELLE DES POLITIQUES SANITAIRES

Formellement, le dixième amendement de la Constitution des États-Unis dispose que les pouvoirs non expressément délégués au gouvernement fédéral comme le seraient la guerre ou les traités de commerce, relèvent des États fédérés. Or la santé n'est pas mentionnée dans la Constitution fédérale. Cette prérogative appartient donc aux États qui se voient attribuer un « pouvoir de police » général. L'imposition locale de la quarantaine par exemple a existé bien avant la Constitution américaine, puisqu'on en trouve des exemples dès l'époque coloniale, ce qui confirme en quelque sorte la priorité historique des États dans ce domaine. De la sorte, les gouverneurs des États ont agi personnellement dans le cadre de leur pouvoir sanitaire et en fonction de leur orientation politique. Si une certaine uniformité s'est dégagée concernant la fermeture des établissements scolaires, l'imposition du confinement à domicile est restée très variée¹, avec des conséquences incertaines et très clairement des différences d'appréciation selon que les gouverneurs étaient républicains ou démocrates, quoique certains gouverneurs républicains aient cherché aussi à mettre en place des mesures sanitaires très strictes. Aucune coordination de départ n'a été pratiquée entre États, notamment en matière de contrôle de la circulation aux frontières et de mise en place d'une quarantaine. À titre d'illustration, l'État du Delaware a appliqué la quarantaine à tous les voyageurs dès le mois d'avril 2020, la Floride uniquement aux voyageurs provenant de certains États. Aucun État de l'Ouest n'avait adopté de mesures de quarantaine à ses frontières en mai 2020.

L'interdiction des rassemblements publics a été aussi variable que le reste. Certains États, comme la Floride, ont continué à autoriser des manifestations sportives avec un public clairsemé ou sans public, tandis que la Floride estimait que l'ouverture des plages ne présentait pas de risque majeur, alors même qu'elles étaient prises d'assaut par les baigneurs. Dans le cas des rassemblements religieux, une attitude précautionneuse a été adoptée communément par tous les Exécutifs dans les commencements de l'épidémie. Dans tous les États qui ont adopté des confinements avec fermeture des lieux ouverts au public

1. "State Covid-19 Data and Policy Actions, Health Policy Actions", *KFF*, 10 février 2022, <<https://www.kff.org/coronavirus-covid-19/issue-brief/state-covid-19-data-and-policy-actions/#stateleveldata>>.

et interdiction de rassemblement, les rassemblements religieux dans les lieux de culte et la pratique cultuelle ont été exemptés. Premier État à le faire, la Pennsylvanie le 19 mars. Dans ceux qui n'ont pas adopté le confinement mais un système d'interdiction des rassemblements et de fermetures des lieux ouverts au public sauf lieux essentiels comme les commerces, les églises, synagogues, mosquées, temples et autres lieux de culte ont été considérés comme essentiels et maintenus ouverts. Ainsi, le gouverneur républicain de Floride, Ron DeSantis a interdit aux villes et comtés de contraindre les célébrations religieuses de Pâques². Ainsi, le gouverneur républicain du Texas, Greg Abbott, a pris un décret spécifique pour désigner les services religieux comme « essentiels », en laissant les lieux de culte prendre leurs propres décisions – tout en les incitant à privilégier la distance – alors qu'il avait pris un des décrets les plus drastiques du moment, en fermant les écoles, les restaurants, les piscines et en interdisant les rassemblements de plus de 10 personnes comme les visites dans les hôpitaux, et ce dès le 19 mars³. Entre mars et mai 2020, les États qui ont expressément émis des exemptions pour les événements/rassemblements religieux, dans et aussi hors des lieux de culte quand tout autre type de rassemblement était interdit, ont été les suivants : le Delaware, la Louisiane, le Michigan, le Mississippi, le New Hampshire, le Tennessee et la Virginie occidentale. Cette dernière a spécifié dans son ordre de confinement que les citoyens qui se déplaçaient pour aller à leur lieu de culte ne pourraient jamais être considérés comme des contrevenants. Les États ont donc laissé les lieux de cultes libres d'accès. Ils n'ont pas fermé les bâtiments et n'ont pas non plus décrété de jauge préventive immédiate, sauf le Massachusetts et la Caroline du Nord qui ont limité tout de suite les rassemblements religieux à 10 personnes, en incitant les responsables religieux à faire preuve de responsabilité et à ne pas réunir de public.

2. Wooston Jr. Cleve R., Rozsa Lori et Dennis Brady, « As Coronavirus Surges in Florida, Fears Mount that Action Came to Late », *Washington Post*, 2 avril 2020.

3. Svitek Patrick, « Gov. Greg Abbott Closes Bars, Restaurants and Schools as He Anticipates Ten of Thousands Could Test Positive for Coronavirus », *The Texas Tribune*, 19 mars 2020.

- New York (March 20) : New York includes under guidance on essential services : “Houses of worship are not ordered closed however it is strongly recommended no congregate services be held and social distance maintained.”
- New Jersey (March 21) : New Jersey ordered all residents to stay in their homes unless “leaving the home for an educational, religious, or political reason.”
- Louisiana (March 22) : Louisiana issued a stay-at-home ban for nonessential activities, exempting travel to and from places of worship.
- Ohio (March 22) : Ohio issued a stay-at-home order except for essential activities, which include performing work or carrying out activities at religious entities.
- Massachusetts (March 23) : Massachusetts considers workers at places of worship to be providing an essential service, therefore exempting them from temporarily closing. However, religious entities are still limited to gatherings of no more than 10 people.
- Michigan (March 23) : Michigan issued a stay-at-home ban for nonessential activities, exempting places of worship from penalty for violating the ban.
- New Mexico (March 23) : New Mexico prohibits “mass gatherings” of more than five people but exempts those congregated in a church, synagogue, mosque, or other place of worship.
- West Virginia (March 23) : West Virginia issued a stay-at-home order, exempting travel to and from one’s place of worship, and it considers religious institutions essential businesses.
- Mississippi (March 24) : Mississippi exempts “religious entities” as “essential activities,” provided they follow Center for Disease Control and Prevention (CDC) and Mississippi State Department of Health guidance.
- North Carolina (March 27) : North Carolina issued a stay-at-home order that exempts places of worship as an essential activity; religious entities are still limited to gatherings of no more than 10 people.
- Arizona (March 30) : Arizona considers religious activities to be “essential activities,” provided that are conducted with “physical distancing to the extent feasible.”
- Tennessee (March 30) : Tennessee issued a stay-at-home order exempting “religious facilities, entities, groups, personnel,

services, rites, and gatherings”, provided that they follow state health guidance.

- Texas (March 31) : Texas issued a stay-at-home order exempting “religious services conducted in churches, congregations, and houses of worship” as “essential services”, with the caveat that any services that “cannot be conducted from home or through remote services” must be conducted in accordance with federal public health guidance.
- Colorado (April 1) : Colorado permits houses of worship to “remain open, but must practice social distancing or use electronic platforms.”
- Florida (April 1) : Florida exempts « [a]ttending religious services conducted in churches, synagogues and houses of worship » as « essential activities. »
- Pennsylvania (April 1) : Pennsylvania exempts the operations of religious institutions from its stay-at-home order but encourages religious leaders to “find alternatives to in-person gatherings.”
- Ohio (April 2) : Ohio issued a stay-at-home order that exempts religious entities as “essential businesses and operations.”
- Arkansas (April 4) : Arkansas exempts houses of worship from its ban on gatherings of 10 or more people.
- Indiana (April 6) : Indiana exempts religious entities from its stay-at-home order and considers them “essential”, provided they follow CDC guidance.
- South Carolina (April 6) : South Carolina issued a “Home or Work” order, exempting as essential activities “[a]ttending religious services conducted in churches, synagogues, or other houses of worship.

Figure 1. Liste des États ayant décrété l'exemption religieuse au confinement ou aux fermetures de lieux publics entre fin mars et début avril 2020 4.

4. Récapitulatif de Siddiqui Maggie, Gonzalez Eva et Graves-Fitzsimmons Guthrie, « Religious Exemptions During the Coronavirus Pandemic Will Only Worsen the Crisis », *CAP*, 6 avril 2020. <<https://www.americanprogress.org/article/religious-exemptions-coronavirus-pandemic-will-worsen-crisis/>>.

II. RÉACTION DIFFÉRENCIÉE DES DÉNOMINATIONS RELIGIEUSES

Face à cette grande tolérance, comment les dénominations religieuses américaines ont-elles réagi ? Au moins dans les premiers mois de la pandémie, plusieurs dénominations ont immédiatement restreint, voire suspendu leur culte, comme l'Église catholique, les fédérations juives libérales, la National Association of Evangelicals⁵, les Mormons et une quarantaine d'associations musulmanes rassemblées au sein de la National Muslim Task Force on Covid-19, constituée dès le 19 mars 2020 par l'ONG caritative Imana⁶. Ces dénominations ont appelé à suspendre les services religieux en présentiel, incité leurs fidèles à suivre le culte à la télé locale, à se réunir et prier en ligne par serveurs interposés, multipliant les initiatives numériques avec une grande créativité et énergie. Les responsables de la National Association of Evangelicals déclaraient alors :

Cette décision est le fruit d'un amour sacrificiel, et non d'un mépris habituel ou occasionnel pour le culte. Nous ne donnerons pas la paix avec des étreintes, mais plutôt avec des SMS et des appels téléphoniques. Ces modes sont-ils inférieurs ? Oui. Seront-ils acceptables pour le Seigneur ? Nous croyons que oui, aussi⁷.

À l'inverse d'autres dénominations, pentecôtistes-charismatiques et juives fondamentalistes, ont refusé tout net d'adapter leur service religieux ou d'arrêter leur rassemblement, intérieur ou extérieur, notamment les rassemblements pour les funérailles. Elles ont immédiatement manifesté pour leur « liberté ». Quelques exemples de ces refus ont été précocement médiatisés comme celui des congrégations ultra-orthodoxes juives de New York, qui avaient été les premières atteintes par le virus lors de la fête de Pourim 2020 et sans doute à l'origine de sa dissémination virulente dans la mégapole. Tandis que le gouverneur

5. Scott Ridout, « A Pandemic Impact on The Church. A Reflection and Response for Churches During and After Covid 10 », *NAE*, 11 mars 2020, <<https://www.nae.org/pandemic-impact-church/>>.

6. *Statement on the National Muslim Task Force on Covid-19*, Imana.org, <<https://imana.org/covid-19/national-muslim-taskforce-statements/>>.

7. Kim Walter et Dalrymple Timothy, « To Cancel or Not to Cancel : That is the Question. A National Statement from The Leaders of The National Association of Evangelicals », *Christianity Today*, 23 mars 2020. <<https://www.christianitytoday.com/ct/2020/march-web-only/walter-kim-nae-timothy-dalrymple-cancel-church-or-not.html>>.

de l'État avait interdit temporairement tout rassemblement public dans les rues – mais pas l'accès aux lieux de culte – et que New York était désertée, ces congrégations ont continué leurs rituels d'enterrement, les cercueils portés en procession par des groupes d'hommes compacts⁸, des processions filmées et commentées sur les réseaux. Dans l'Ohio, le Gouverneur républicain Mike DeWine implore, malgré le libéralisme de son décret et l'exemption de fermeture des lieux de culte, tous les ministres du Culte de son État, prêtres et rabbins, à penser à leurs congrégations. Cela ne va pas empêcher la *Solid Rock Church*, *megachurch* pentecôtiste de Cincinnati, de continuer ses services religieux en salle comble⁹. De même, à Baton Rouge en Louisiane, le Pasteur Tony Spell de la méga *Life Tabernacle Church*, continue ses services-spectacles de plusieurs centaines de fidèles-participants, alors que le gouverneur démocrate, John Bel Edwards, a réduit la taille des rassemblements religieux à 50 personnes. Spell se plaint au *Washington Post*, venu l'interviewer après qu'il a été visité par la section locale du Central Police Department et menacé d'être contrôlé par la Garde nationale : « Nous avons l'impression d'être persécutés pour notre foi quand on nous dit de fermer nos portes »¹⁰.

La réponse de Tony Spell préfigure la tension qui commence à se manifester en crescendo au fur et à mesure de la réévaluation des politiques sanitaires et de leur extension dans les États de l'Ouest, qui n'avaient pas pris de mesure pendant les deux premiers mois. À la fin mars déjà, des fractures se dessinent au sein des dénominations les plus legalistes, comme les catholiques ou les luthériens, avec en leur sein des groupes d'indignés, qui s'émeuvent du suivisme restrictif de leur épiscopat : Ainsi, un mouvement de laïques catholiques se constitue qui envoie avant Pâques une Lettre ouverte à tous les évêques catholiques, sous le titre évocateur, *We are an Easter People*, appelant au retour des messes publiques, à l'accès libre au saint sacrement et à tous les sacrements. Dans son argumentaire très offensif, ce groupe n'hésite pas à soulever un paradoxe qui fait mouche : les églises catholiques étaient fermées, sans culte public ou chichement ouvertes du fait

8. Tina Moore, Natalie Musumeci et Reuven Fenton, « Crowded Hassidic Funerals Goes On in Brooklyn, Despite Social Distancing Rules », *New York Post*, 2 avril 2020.

9. Schwartzberg Eric, « Area Megachurch Holds Sunday Services Despite Coronavirus Concerns », *Pandemic Response and Religion in the USA : Ethics*. 1, 2020, <<https://scholarworks.wmich.edu/religion-pandemic-ethics/1>>.

10. Michelle Boorstein, « The Church that Won't Close its Doors Over the Coronavirus », *The Washington Post*, 20 mars 2020.

des décisions des évêques, alors que les cliniques d'avortement et les magasins d'alcool restaient bien ouverts eux, parce que considérés aussi comme essentiels¹¹ ? La Lettre ouverte fait grand bruit, obligeant les éditorialistes des médias catholiques à justifier la prudence épiscopale¹².

À côté de ces indignés des dénominations les plus légalistes, les congrégations pentecôtistes qui sont parties en guerre dès les premières restrictions – à l'instar des Églises orthodoxes en Europe – commencent à se tourner vers les cours de justice, au nom du caractère impératif de l'expression communautaire de la foi. Elles se mettent à envisager les restrictions qui deviennent moins « précautionneuses » avec l'avancée du printemps et de la pandémie, comme franchement liberticides.

Figure 2. Post sur la porte de l'église St Mary's, Landover Hills, Maryland, avril 2020 (Catholic New Service, Chaz Muth)

III. POLITISATION DU PREMIER AMENDEMENT

S'est alors ouverte une période tumultueuse de contentieux, initiés par des plaignants de toute sorte, plutôt liés au monde pentecôtiste mais pas systématiquement comme nous allons le voir, qui ont utilisé le premier amendement et les équivalents étatiques de la loi fédérale RFRA, le *Religious Freedom Restoration Act* de 2014, interdisant toute atteinte à la liberté religieuse de la part de l'exécutif sans preuve totale ou absolue de son intérêt impératif.

L'impression s'est vite dégagée pendant l'été que les plus bruyants défenseurs de la liberté religieuse tyrannisée par les restrictions sanitaires penchaient plutôt à droite de l'échiquier politique. Cette impression a été renforcée par le soutien bientôt apporté à de nombreux plaignants par le Département de la Justice américaine, dirigé à ce moment-là par le procureur général William Barr, pilier de la droite religieuse mais qui démissionnera en décembre, après que Donald Trump a refusé d'admettre la parfaite légalité des résultats des élections présidentielles. Barr prend l'initiative au 27 avril, de demander au procureur général

11. *Catholics Launch National Open Letter to Urging Bishops to Restore Sacraments, Cite Religious Freedom Persecution*, RNS Press Release Distribution Service, 1^{er} avril 2020, <<https://religionnews.com/2020/04/01/catholics-launch-national-open-letter-urging-bishops-to-restore-sacraments-cite-religious-freedom-persecution/>>.

12. Editorial Board, « A Response to We are an Eastern People », *Our Sunday Visitor*, 4 avril 2020. Editorial Board, « Real 'Easter People' Will Stay Home », *National Catholic Reporter*, 10 avril 2020.

adjoint pour les droits civils, Éric Dreiband, et au procureur du District est du Michigan, Matthew Schneider, d'examiner les politiques sanitaires nationales et locales pour veiller à ce que les libertés civiles soient protégées pendant la pandémie de Covid-19. Concrètement, les déclarations d'intérêt (*statement of interest*) émises par le département de la Justice ne vont concerner que les cas de liberté de culte¹³, ce dont le Département est chaudement félicité par le Vice-Président Mike Pence, sans compter les prises de parole intempestives du candidat Président Donald Trump. Ce dernier défend à temps et contretemps les croyants dans leur droit à suivre leur culte : l'argumentaire présidentiel n'était pas d'une grande finesse – avec les démocrates, les musulmans avaient le droit de pratiquer leur culte mais pas les chrétiens¹⁴ – mais il était répandu au moment même où certains gouverneurs voulaient prendre des mesures plus fortes sur la diminution des contacts dans les lieux publics, dont les lieux de culte et réduire drastiquement tout type de rassemblement.

L'impression d'une collusion « liberté de culte bafouée – thème politique républicain » a été confirmée par l'étude de Zalman Rotschild, chercheur juriste de Standford, qui publie en octobre 2020 un rapport sur toutes les jurisprudences consacrées à la *free exercise clause* depuis le début de la pandémie. Pour faire bonne mesure, il y joint toutes les jurisprudences du même type sur les cinq années précédentes¹⁵. Rotschild montre que les litiges arrivés devant les Cours inférieures de la justice fédérale sont plutôt faits à l'encontre d'élus démocrates accusés de violation constitutionnelle. Mais il montre surtout que les litiges en question avaient obtenu un résultat très différent selon que les juges qui les examinaient avaient été nommés par des présidents

13. Par exemple le *Statement of Interest* du 3 mai 2020 pour la plainte de la Congrégation *Lighthouse Fellowship Church* de la Chincoteague Island, (Virginie). Le gouverneur avait émis un ordre exécutif (décret) interdisant les services religieux à plus de 10 personnes, tout en permettant l'ouverture des bureaux non commerciaux, les commerces de détail, y compris les magasins d'alcools, les pressings et les grands magasins, avec du personnel dépassant 10 personnes, <<https://www.justice.gov/opa/pr/departement-justice-files-statement-interest-support-church-ministers-underserved-communities>>.

14. Murphy Tim, « Trump Asks If Muslims Get Special Treatments in Coronavirus Lockdowns », *Mother Jones*, 18 avril 2020, <<https://www.motherjones.com/coronavirus-updates/2020/04/trump-asks-if-muslims-will-get-special-treatment-in-coronavirus-lockdowns/>>.

15. Rotschild Zalman, « Free Exercise Partisanship, *Social Science Research Network* », 7 octobre 2020, 60 p., <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3707248>.

démocrates, des présidents républicains ou avaient été nommés par le Président Trump. Les juges nommés par les présidents démocrates se sont rangés du côté des ordres exécutifs et des arrêtés des gouverneurs et des maires dans 100 % des cas. Les juges nommés par les présidents républicains avaient donné raison aux exécutifs locaux dans 36 % des cas, et aux plaignants religieux dans 64 % des cas. Les juges nommés par Donald Trump – sachant que Donald Trump a été le président qui a nommé le plus de juges fédéraux en 4 ans – se sont rangés du côté des plaignants religieux dans 94 % des cas. Autrement dit, pratiquement tous les juges nommés par Donald Trump ont pris le parti des associations ou institutions religieuses se plaignant d’avoir été maltraitées dans les restrictions sanitaires.

Zalman Rotschild, en présentant ses données, fait ainsi la preuve que les décisions judiciaires dans les affaires de libre exercice suivaient dans une large et évidente mesure l’orientation politique des *justices* et qu’elles allaient de plus en plus dans le sens d’une protection *a priori* de cette liberté de culte. Il confirme aussi que la franche tendance du caractère partisan des décisions judiciaires à l’œuvre dans les contentieux sur les lieux de culte avait commencé bien avant la pandémie. Sa recherche révèle que le libre exercice du culte est devenu un thème ambigu dans le système judiciaire fédéral, en ce que son traitement reflète fortement la polarisation politique entre les partis, polarisation qui affecte la Cour suprême tandis qu’elle ne le devrait pas.

IV. LA RELIGION LIBRE DEVANT LA COUR SUPRÊME

La querelle de la « religion libre » qui a accompagné la campagne présidentielle a donné lieu, comme nous l’avons dit, à des centaines de recours devant les tribunaux fédéraux, tandis que se manifestait un durcissement de la part des exécutifs des mesures d’accessibilité et de rassemblement du public. La querelle atteint la Cour suprême à trois reprises en 2020, ce qui est à la fois peu et beaucoup pour un même sujet et qui correspond à l’écémage ultime des centaines de cas qui sont arrivés devant les juridictions fédérales de premier niveau. Dans les affaires de la Cour suprême, la démonstration faite par Zalman Rotschild semble se vérifier, à travers la différence de jurisprudence avant et après l’arrivée de M^{me} Amy Barrett comme juge fédérale, nommée à la dernière minute par Donald Trump, quelques jours à peine après la mort de la Justice Ginsburg. M^{me} Barrett fait basculer la

majorité de la Cour sur cette question comme sur d'autres par la suite. Elle était censée au demeurant sécuriser l'orientation favorable d'un des recours pour tricherie électorale formés dès l'été par les équipes Trump et qui se multiplieront après les résultats du 3 novembre, selon un scénario qui avait commencé à être imaginé par l'équipe du président candidat dès le mois d'avril 2020¹⁶. La fraude électorale ne sera finalement jamais reconnue par la Cour Suprême, au grand dépit de Donald Trump, mais l'abus de pouvoir en matière religieuse va être amplement dénoncé.

Deux recours pour violation de la *free exercise clause* ont atteint l'ultime niveau de la Cour suprême avant la nomination d'Amy Barrett et un immédiatement après. Leurs résultats sont aux antipodes¹⁷. Dans le premier cas, en mai 2020, concernant la Californie, la South Bay United Pentecostal Church¹⁸ dépose une requête d'urgence pour violation du libre exercice du culte par l'ordre exécutif/décret du gouverneur Gavin Newsom, qui avait imposé un confinement sans limite temporelle, assorti d'une limitation stricte des rassemblements dans les lieux essentiels comme les lieux de culte, selon les zones contaminées, à 25 % de la capacité des bâtiments ou alors à un maximum de 100 personnes. Une autre requête d'urgence est déposée par la Harvest Rock Church de Pasadena pour discrimination religieuse devant la juridiction fédérale de Californie. Dans l'autre cas, en juillet 2020, concernant le Nevada, la Calvary Chapel Dayton Valley Church dépose auprès de la Cour suprême une injonction d'urgence, faisant valoir que l'ordre exécutif du gouverneur Sisolak imposait un plafond de 50 personnes dans les lieux de culte, mais pas dans les casinos, ce qui était discriminatoire à l'égard de la religion, même si ce plafond s'appliquait également à tous les autres lieux accueillant du public comme les salles de concert¹⁹. Les casinos avaient été traités de manière exceptionnelle et pas les églises, ce qui était proprement scandaleux. Dans les deux cas du Nevada et

16. Chelini-Pont Blandine, « La guerre des recours de Donald Trump », *The Conversation*, 7 novembre 2020, <<https://theconversation.com/la-guerre-des-recours-de-donald-trump-149662>>.

17. Blackman Josh, « The Essential Free Exercise Clause », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 4, 2021, p. 638-760.

18. Rotschild Zalman, *Post on Free Exercise in a Pandemic*, 10 juin 2020, *The University of Chicago Law Review*, <<https://lawreviewblog.uchicago.edu/2020/06/10/free-exercise-pandemic/>>.

19. Adam Liptak, « Split 5 to 4 : The Supreme Court Rejects Nevada Church's Challenge to Shutdown Restrictions », *The New York Times*, 24 juillet 2020.

de la Californie, la Cour suprême décide que les jauges instaurées par les gouverneurs n'avaient pas violé le premier amendement²⁰, jurisprudences emportées avec une marge étroite de 5 à 4 : le juge en chef John G. Roberts Jr. conservateur modéré, se joint aux juges libéraux pour former l'opinion majoritaire de la Cour. Les 4 autres juges nommés par des présidents républicains – Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil M. Gorsuch and Brett M. Kavanaugh – émettent une opinion fortement dissidente. Mais dans *South Bay Pentecostal Church v. Newsom*, l'opinion concordante du juge en chef Roberts devient le super-précédent. Au cours des six mois suivants, plus de cent jugements de Cours inférieures vont s'appuyer sur son analyse de South Bay et Calvary Chapel Dayton Valley Church. La Cour a confirmé la légalité des limites imposées aux lieux de culte. Le juge Kavanaugh écrit à l'occasion une opinion dissidente très contrariée, expliquant que le libre exercice de la religion devait toujours être le droit « le plus favorisé », le droit le plus absolument essentiel, sauf si l'État faisait la preuve d'un impératif absolument vital. Jusqu'en novembre 2020, South Bay et Calvary Chapel ont été, comme on dit dans le langage judiciaire américain, « la loi du pays ».

Arrive l'automne. Sur la fin de la campagne présidentielle, M^{me} Amy Barrett est nommée par Donald Trump. Outre l'émotion que suscite cette nomination *in extremis* qui ne respecte pas les usages, un nouveau litige de *free-exercice clause* se présente auprès de la Cour. Cette dernière est au complet avec la Justice Barrett bien en place quand l'affaire est jugée, une des premières affaires qu'elle ait eue à traiter. Le renversement de jurisprudence est immédiat : cette fois-ci la décision concerne l'État de New York avec un recours conjointement déposé contre le gouverneur Andrew Cuomo, par le diocèse catholique de Brooklyn, des associations orthodoxes juives réunies derrière l'association *Agudath Israël* et de nombreux *amici curiae*, soit de l'État de New York, soit d'autres États. Le gouverneur Cuomo, en poste depuis 2011 après avoir été procureur du même État et auparavant Secrétaire au Logement et au Développement urbain de la présidence Clinton, avait décrété la fermeture de tous lieux non essentiels de la ville de Brooklyn et limité les rassemblements religieux selon des zones de contamination. Dans les zones désignées comme rouges où le risque de virus était le plus élevé, les services religieux avaient été limités à 10 personnes. Dans les « zones orange », la fréquentation avait été plafonnée à 25 personnes. L'ordre

20. <https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf>.

exécutif du gouverneur Cuomo n'avait pas pris en compte la taille des bâtiments dans sa modulation de leur fréquentation. Quand la Cour suprême rend son jugement fin novembre, Cuomo avait modifié son ordre exécutif. La jauge de fréquentation des services religieux dans les zones concernées avait été sérieusement réévaluée²¹. Mais cette correction n'est pas prise en considération par la Cour. Elle déclare l'État de New York coupable de violation du premier amendement fédéral. La Cour suprême donne raison aux plaignants, sans même argumenter sur la disproportion ou le caractère inadapté de la mesure²², ni suggérer une conciliation préalable des autorités publiques avec les responsables religieux pour se mettre d'accord sur une jauge convenable – conseil que donne le Conseil d'État au gouvernement français au même moment. La décision, brève, est un commentaire de principe, particulièrement éclairant sur l'état d'esprit de l'opinion majoritaire, dans son avis collectif non signé :

Même en cas de pandémie, la Constitution ne peut être mise de côté et oubliée [...] Les restrictions dont il est question ici, en empêchant de fait un grand nombre de personnes d'assister aux services religieux, touchent au cœur même de la garantie de liberté religieuse du premier amendement²³.

Dans son avis concordant qui suit l'opinion majoritaire, Neil M. Gorsuch, un des trois Justices nommés par Donald Trump, renchérit sur le propos : le gouvernement n'était pas libre de ne pas tenir compte du premier amendement, (même) en temps de crise. Le gouvernement de New York, comme d'autres gouvernements d'ailleurs qui avaient fait la même chose, ne pouvait pas traiter la religion comme une question non essentielle en laissant des restaurants, des dispensaires de marijuana, des casinos ouverts et en restreignant l'accès aux lieux de culte... Gorsuch renchérit : l'opinion majoritaire de la Cour suprême dans les deux affaires précédentes arrivées devant elle était très mauvaise. Cette opinion ne devait plus guider les tribunaux inférieurs lorsqu'ils évalueraient les restrictions des services religieux liées à la pandémie :

21. Robert Barnes, « Supreme Court Relieves Religious Organizations from Some Covid-related Restrictions », *The Washington Post*, 26 novembre 2020.

22. Argument essentiel de Michael W. McConnell et Max Raskin dans « The Supreme Court Was Right to Block Cuomo's Religious Restrictions », *New York Times*, 1^{er} décembre 2020. *Stanford Law Studies*, <<https://law.stanford.edu/publications/the-supreme-court-was-right-to-block-cuomos-religious-restrictions/>>.

23. <https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf>.

Les tribunaux doivent reprendre l'application de la clause de libre exercice. Aujourd'hui, une majorité de la Cour le dit clairement et sa décision va dissiper les fausses idées sur le rôle de la Constitution en temps de crise, idées qui ont été autorisées à persister trop longtemps. Le juge Samuel Alito de son côté a déclaré avant la décision de la Cour suprême, début novembre 2020 au grand rassemblement annuel de la *Federalist Society*, fraternité très influente de juristes catholiques, que la pandémie « avait entraîné des restrictions de la liberté individuelle jusqu'à alors unimaginables » et particulièrement en matière de liberté religieuse :

Cela me peine de le dire, mais dans certains milieux, la liberté religieuse est en train de devenir rapidement un droit désavantagé (*disfavored*)²⁴.

V. LE RENVERSEMENT DE LA « LOI DU PAYS »

Face à ces juges désormais majoritaires, persuadés que la liberté religieuse est réellement malmenée et en danger aux États-Unis, l'opinion des trois juges dissidents, traditionnellement rajoutée dans la publication des jurisprudences fédérales, défend le devoir des exécutifs à gérer les urgences sanitaires. Le juge en chef John G. Roberts Jr, celui qui avait été le membre pivot de la Cour dans les précédentes injonctions d'urgence exprime son désaccord, d'autant plus vif que la nouvelle opinion majoritaire est un désaveu direct de son rôle pivot dans les affaires précédentes. Roberts ne pensait pas que lui et ses collègues « abandonnaient la Constitution et la laissaient de côté en temps de crise ni (qu'ils) se mettaient à couvert quand elle était attaquée ». Ils avaient en revanche une vision bien différente de la question, après un examen minutieux et sur la base de « leur meilleur effort pour s'acquitter de leur responsabilité en vertu de la Constitution ». L'État était bien dans son droit constitutionnel et dans sa fonction en réglementant les rassemblements pendant une urgence sanitaire, y compris les rassemblements religieux. Pour Roberts, le gouverneur Cuomo avait assoupli ses premières restrictions avant que les Justices n'examinent la requête : il n'était donc pas nécessaire que la Cour intervienne sur un ordre exécutif qui n'existait plus. Plus grave selon Roberts : passer outre les décisions prises par des responsables de la santé publique, concernant ce qui est nécessaire pour la sécurité publique au milieu

24. *Ibid.*

d'une pandémie mortelle, concourait au délitement institutionnel. De son côté, la juge Sonia Sotomayor écrit dans son opinion dissidente que la Cour intervenait dans un domaine où elle ne devait pas le faire, c'est-à-dire estimer de la probabilité de la contamination à la place des experts de santé :

La Constitution n'interdit pas aux États de répondre aux crises de santé publique par des réglementations qui traitent les institutions religieuses de manière égale aux institutions séculières comparables, en particulier lorsque ces réglementations sauvent des vies [...] Les juges de cette cour jouent un jeu mortel en remettant en question le jugement expert des responsables de la santé sur les environnements dans lesquels un virus contagieux, qui infecte maintenant un million d'Américains chaque semaine, se propage le plus facilement.

La nouvelle jurisprudence de la Cour suprême, obtenue par une majorité conservatrice, devient néanmoins « loi du pays », et les anciens arguments majoritaires d'une partie de ses juges deviennent des arguments dissidents à quatre mois de distance. Quelques jours plus tard, la Cour suprême est saisie d'une nouvelle requête d'urgence de la part de la Harvest Rock Church de Californie, lui demandant d'annuler toutes les décisions inférieures concernant son cas et d'ordonner aux Cours inférieures de lui appliquer la nouvelle jurisprudence. La Congrégation pentecôtiste Harvest Rock Church, possédant plusieurs campus en Californie et suivant la Nouvelle Réforme apostolique (dominioniste) du pasteur Charles Peter Wagner (1930-1916),²⁵ affirme que les restrictions imposées par le gouverneur démocrate, interdisant ou limitant les services de culte en salle, en fonction du nombre de cas dans le comté, violaient bien son droit au libre exercice. La congrégation estimait avoir été traitée de manière moins favorable que des commerces dits essentiels comme les épiceries, les centres commerciaux, les lieux de troc ainsi que les salles de jeux qui pouvaient rester ouvertes avec des limites de fréquentation moins strictes et même, dans le cas des comtés moins touchés par le virus, sans aucune limite de fréquentation. Argument supplémentaire avancé par la Harvest Rock Church, et qui selon elle prouvait la discrimination, le gouverneur avait ouvertement encouragé les manifestations du mouvement *Black Lives Matter* – notons qu'elles

25. Sur le mouvement dominioniste, voir d'André Gagné, *Ces évangéliques derrière Trump. Hégémonie. Démonologie et fin du monde*, Genève, Labor et Fides, 2020.

se passaient en plein air – auxquelles avaient participé des dizaines de milliers de personnes en mai et juin. L'État de Californie de son côté, justifie devant la Cour suprême ses propres restrictions, parce que les cas de Covid-19 étaient en train de « monter en flèche » et que les activités en intérieur étaient particulièrement risquées pour la propagation du virus. La Californie concédait bien le « puissant intérêt de la Harvest Rock Church à pratiquer son culte à l'endroit et de la manière de son choix », mais elle déniait le moindre traitement inégalitaire ou discriminant de sa part pour les cultes. Elle déniait que la jurisprudence de l'affaire du Roman Catholic Diocese de Brooklyn puisse être appliquée à son affaire. La Californie avait mis en place les *mêmes restrictions* à la pratique du culte en intérieur qu'aux activités séculières impliquant des groupes importants de personnes « se réunissant à proximité les unes des autres pendant des périodes prolongées ». Par exemple, la Californie avait interdit l'ouverture des cinémas, des restaurants, des musées et d'autres espaces ouverts au public, y compris les services religieux, dans ses zones les plus restrictives.

Malgré ces arguments, la Cour suprême accède à l'injonction de la Congrégation Harvey Rock Church et demande aux Cours inférieures de reconsidérer son cas²⁶. Cette demande est rejetée par les juges du Central District de Californie, une attitude que l'on retrouve dans deux autres affaires concernant les États du New Jersey et du Kentucky. Les juges du 9^e circuit des Cours d'appel refusent également de reprendre leur jugement majoritaire sur la Harvey Rock Church au mois de mars 2021. À ce circuit, l'État de Californie avait été rejoint dans sa défense par une liste d'*amici curiae*, composés de nombreuses fédérations religieuses plutôt libérales, derrière l'association Americans United for Separation of Church and State²⁷. Ces *amici curiae* avaient apporté comme élément tangible à la position de l'Exécutif californien, la confirmation de 33 foyers de contamination collective à travers les États-Unis, recensés par la presse depuis mars 2020, à l'occasion de rassemblements religieux dans des églises, sans compter

26. Amy Howe, « *Justices Tell Lower Court to Take Another Look at California COVID-19 Restrictions on Indoor Worship* », SCOTUSblog, 3 décembre 2020, <<https://www.scotusblog.com/2020/12/justices-tell-lower-court-to-take-another-look-at-california-covid-19-restrictions-on-indoor-worship/>>.

27. <<https://www.au.org/wp-content/uploads/2022/02/AU-Amicus-Brief-9th-Circuit-Calif.-Harvest-Rock-Church-v.-Newsom-3.5.21.pdf>>. Citons, derrière les *Americans United for Separation of Church and State*, un certain nombre d'associations libérales juives, des associations unitariennes et presbytériennes.

les rassemblements festifs de Pourim à New York et le carnaval de la Nouvelle-Orléans qui ont constitué de véritables clusters nationaux²⁸.

La Cour Suprême rejuge donc elle-même le cas Harvey Rock Church. Le 5 février 2021, par un vote majoritaire de 6 contre 3, elle statue en faveur de cette Congrégation²⁹ puis elle statue en faveur de la South Bay United Pentecostal Church qui a entre-temps déposé une injonction d'urgence équivalente. Là encore, le juge Roberts et ses deux derniers acolytes libéraux s'opposent en vain à l'opinion devenue majoritaire de la Cour. Cette dernière interdit toute possibilité d'interdiction des services religieux dans l'État de Californie. Elle confirme que la Congrégation pentecôtiste pouvait accueillir jusqu'à 200 membres, sans les autoriser pour l'instant à chanter et psalmodier. Début avril, la Cour suprême étend cette interdiction d'interdire à une autre affaire californienne, *Tandom v. Newsom*, concernant des études bibliques/ services religieux à domicile. Selon ce jugement, la Californie avait mis en place « une myriade d'exceptions et d'accommodements pour des activités comparables » et pénalisé les groupes religieux en ne faisant pas la preuve de son intérêt impératif à limiter le regroupement spirituel. Le gouverneur de Californie, Gavin Newsom est donc doublement contraint au milieu du mois d'avril d'annuler ses mesures sanitaires et de préconiser de nouvelles directives par lesquelles « les limites de localisation et de capacité des lieux de culte (n'étaient) pas obligatoires, mais (restaient) fortement recommandées ». Au milieu du mois de mai 2021, une Cour du District de Californie approuve le règlement des frais d'honoraires et de procédures par les services du gouverneur de Californie au cabinet spécialisé Liberty Counsel engagés pour la défense de la Harvey Rock Church : le montant de règlement s'élève à 1,3 million de dollars³⁰.

28. À titre d'exemple, Read Richard, "A Choir Decided to Go Ahead with Rehearsal; Now Dozens of Members Have COVID-19 and Two Are Dead", *LA Times* (Mar. 29, 2020), <<https://lat.ms/2yiLbU6>>. Dellinger Dereck, "Charlotte Church Connected to Nearly 200 Cases of COVID-19 Given Go-ahead to Open Some Locations", *FOX46 Charlotte* (Oct. 30, 2020), <<https://bit.ly/3pMJx3f>>.

29. <https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/020521zr_q8l1.pdf>.

30. <<https://contracostaherald.com/california-court-rules-in-favor-of-churches-sets-state-wide-injunction-against-newsoms-discriminatory-restrictions/>>.

CONCLUSION

L'abondant et immédiat recours à la justice fédérale américaine des congrégations religieuses qui se sont estimées lésées dans leur droit au libre exercice³¹ s'est produit dans un contexte politique spécifique, qui a été celui de la campagne présidentielle. Pendant cette campagne où les chrétiens pratiquants ont été un enjeu électoral essentiel,³² une course de vitesse a été gagnée par Donald Trump, pour modifier la structuration politique de la Cour suprême et des Cours fédérales, à travers la question pivot dans le départage partisan de la liberté religieuse. Après le précédent Roman Catholic Diocese, la Cour suprême a constamment statué en faveur du libre exercice de la religion. *South Bay II* et *Harvest Rock II* ont interdit les interdictions de culte public en Californie. L'affaire *Tandon v. Newsom* a également reconnu aux citoyens le droit de pratiquer leur culte en privé dans leurs maisons sans restriction. Beaucoup de commentateurs se sont réjouis ou inquiétés de ce changement de doctrine et de ses incidences à long terme. Pour les uns, ce biais religieux avait empêché que le pouvoir exécutif ne puisse agir sans contrôle pendant les crises sanitaires. Les États étaient désormais obligés d'imposer des limites substantielles à la durée de leurs ordonnances/décrets d'urgence et de les révoquer rapidement. Pour les autres, le précédent était dangereux, faisant de l'argument religieux un motif d'exception *per se* à l'ordre public commun, un reproche fréquemment entendu depuis l'affaire *Burwell v. Hobby Lobby Stores* (134 S. Ct. 2751-2014)³³. Vos de France, ces ajustements judiciaires de la part de la Cour suprême concernant la liberté de pratique peuvent paraître libertaires. Ses décisions peuvent être interprétées comme le signe éclatant de la politisation de la justice fédérale américaine, une question en plein débat depuis 2020 et qui entraîne la demande d'une plus grande proportion de juges à cette

31. Laura Hancock, « The Right to Worship : Church and State Clash over Religious Services in the Coronavirus Era », 12 juillet 2020, *Pandemic Response and Religion in the USA : Education*. 17, <<https://scholarworks.wmich.edu/religion-pandemic-education/17>>.

32. « La politique chrétienne aux États-Unis de Donald Trump à Joe Biden. De l'ultra-polarisation au refus du *God gap*? », in Philippe Portier et Yann Raison du Clézou (dir.), *Partis politiques et Religions, Revue internationale de politique comparée*, vol. 28, 1-2, 2021, p. 85-108

33. p. Horowitz, « The Hobby Lobby Moment », *Harvard Law Review*, vol. 128, n° 1, 2014, p. 154.

Cour et l'arrêt de leur nomination à vie. Pour les uns, la propension de la Cour à donner tort aux villes et aux États restrictifs dans la fréquentation des services religieux a affecté directement la légitimité des autorités publiques à appliquer l'ordre public sanitaire. Mais on peut à l'inverse, être impressionnés par la force de la société civile/religieuse américaine à faire « valoir » le respect de ses propres droits, obligeant les États à jauger avec plus de délicatesse d'une liberté assez méconnue en France. En effet, celle-ci n'a été définie comme essentielle par le Conseil d'État qu'en mai 2020 et seulement après qu'un décret paru le 11 mai a autorisé une réouverture partielle des lieux essentiels ouverts au public, comme les écoles et les autres services publics, en oubliant purement et simplement d'y inclure les lieux de culte.