

THOMAS HOCHMANN

« Il y a eu parmi le peuple de faux prophètes, et il y aura de même parmi vous de faux docteurs, qui introduiront des sectes pernicieuses, et qui, reniant le maître qui les a rachetés, attireront sur eux une ruine soudaine. Plusieurs les suivront dans leurs dissolutions, et la voie de la vérité sera calomniée à cause d'eux. Par cupidité, ils trafiqueront de vous au moyen de paroles trompeuses [...] ».

2 Pierre 2 : 1-3.

« Il est ironique que [...] ces individus qui revendiquent de manière si fière et résolue leurs convictions religieuses en public n'hésitent pas à mentir en permanence pour [...] camoufler le véritable objectif derrière le dessin intelligent ».

Juge John E. Jones III, arrêt *Kitzmiller* (2005), p. 765, sanctionnant une mesure favorable à l'enseignement de l'*Intelligent Design*, nouvelle mouture du « créationnisme scientifique ».

L'histoire des États-Unis, du moins telle que la content ses tribunaux, est marquée dès l'origine par une volonté de séparation institutionnelle entre l'Église et l'État. Les premiers immigrants, qui fuyaient l'Europe et ses États aux religions officielles punissant l'hérésie, réagirent vigoureusement face à l'apparition sur leur nouveau territoire de lois exigeant de soutenir une église officielle¹. Aussi, le premier amendement à la Constitution des États-Unis, mondialement connu pour sa protection de la liberté d'expression, prévoit également que « le Congrès ne fera pas de loi respectant l'établissement d'une religion »². Depuis

Thomas Hochmann, ATER en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

1. *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 1, p. 8-13 (1947).

2. « Congress shall make no law respecting an establishment of religion [...] ».

1947, les États fédérés doivent respecter cette règle, connue sous le nom de « clause d'établissement » (*Establishment Clause*), c'est-à-dire que ni eux, ni l'État fédéral « ne peuvent voter de lois qui aident une religion, qui aident toutes les religions, ou qui préfèrent une religion à une autre »³. Selon l'un des « pères fondateurs » des États-Unis, Thomas Jefferson, le premier amendement entend dresser un « mur de séparation » entre l'Église et l'État⁴. S'il s'agit peut-être, comme nous le suggérerons plus loin, d'une formulation un peu exagérée, il est indéniable que les tribunaux veillent à ce que les pouvoirs publics ne prennent pas de mesure « établissant », approuvant une religion. Ils sont en particulier vigilants dès qu'il s'agit des écoles publiques, où les élèves sont influençables et où leur présence n'est pas volontaire, puisque leurs parents les y ont envoyés en toute confiance, pensant que la salle de classe ne serait pas volontairement utilisée pour promouvoir des vues religieuses qui pourraient entrer en conflit avec les croyances privées de l'élève et de sa famille⁵.

Or, depuis « les années vingt au moins »⁶, et surtout depuis quarante ans, les écoles publiques américaines forment le terrain d'une bataille qui échoue régulièrement devant les tribunaux. Plus exactement, on assiste à des tentatives répétées de la part d'individus religieux qu'il est convenu d'appeler les « fondamentalistes chrétiens » de faire une place à leurs croyances au sein du programme des écoles publiques, et pas dans n'importe quelle matière : la science, la biologie. Il s'agit de substituer à l'enseignement de l'évolution, qu'ils perçoivent comme hostile à la religion, celui de la version biblique de la Création. Science contre religion, c'est donc, sous un titre un peu racoleur, le combat que de nombreuses juridictions américaines ont été amenées à arbitrer tout au long du XX^e siècle. Si elles ont systématiquement tranché « en faveur » de l'évolution, elles ont dessiné un ensemble fort varié, surtout en raison de l'ingéniosité des créationnistes, qui n'ont eu de cesse de modifier leur tactique, d'adapter leurs prétentions à l'évolution, si l'on peut dire, de la jurisprudence.

Les développements qui vont suivre s'appuient donc sur une série de décisions de justice rendues durant les quarante dernières années, dont nous retracerons l'historique en commençant par une courte présentation de l'ancêtre de toutes ces procédures : le procès intenté à Dayton (Tennessee) en 1925 à John Thomas Scopes, parfois appelé le « procès du singe ».

3. *Everson*, cité, p. 15.

4. Cité dans *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, p. 211 (1948). Sur l'origine de cette phrase, cf. Denis Lacorne, *De la religion en Amérique*, Gallimard, Paris, 2007, p. 217-220.

5. Cf. par exemple *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578, p. 584-584 (1987), avec les références citées. Pour une description de l'école publique (et de ses limites) en tant qu'« instrument principal de la sécularisation de la société américaine », cf. D. Lacorne, *op. cit.*, p. 114-118.

6. *Selman v. Cobb County School District*, 390 F.Supp.2d 1286 (13 janvier 2005) (District Court Judge Cooper), p. 1287.

INTRODUCTION

A – LE PROCÈS DU SINGE

L'opposition à la théorie de l'évolution, apparue en même temps qu'elle, culmina aux États-Unis dans les années vingt, avec l'adoption dans plusieurs États de lois sanctionnant l'enseignement du darwinisme⁷. En 1924, le législateur du Tennessee, suite au lobbying intense d'un groupe de fondamentalistes, vote une loi interdisant sous peine d'amende d'enseigner dans les écoles publiques « une théorie qui nie l'histoire de la Création divine de l'homme, telle qu'elle est décrite dans la Bible, et d'enseigner à la place que l'homme descend d'un ordre inférieur d'animaux »⁸.

L'*American Civil Liberties Union (ACLU)*, la grande organisation de défense des droits civiques, se mit à la recherche d'un enseignant acceptant d'enfreindre cette loi afin d'en tester en justice la conformité à la Constitution des États-Unis. Un homme d'affaires de Dayton flaira l'occasion d'apporter une large publicité à sa ville, et convainquit un jeune professeur d'obtempérer⁹. Et en effet, le procès va prendre des proportions médiatiques inespérées, avec notamment, à la tête de chaque partie, deux personnalités bénéficiant d'un renom national. Du côté « créationniste », le procureur sera William Jennings Bryan (1860-1925), trois fois candidat démocrate à la Maison Blanche, orateur de talent et fervent religieux, dévoué depuis longtemps à la cause anti-évolutionniste. Quant à la défense de Scopes, elle sera confiée à un avocat non moins célèbre, Clarence Darrow (1857-1938)¹⁰, le défenseur des Noirs, des homosexuels et des syndicalistes.

Le procès va donc s'ouvrir, le 10 juillet 1925, dans une ambiance de kermesse. Devant le tribunal, la municipalité a loué des emplacements de vendeurs de hot-dogs et a fait construire des toilettes provisoires pour les nombreux visiteurs. Des spectacles de chimpanzés sont organisés dans la rue, et l'on vend des singes en peluche en guise de souvenirs. Surtout, les journalistes ont afflué par centaines, et le pays entier a les yeux rivés sur Dayton, qui tient son heure de gloire, et sur la controverse entre l'évolution et le créationnisme.

7. Cf. Gordon Golding, *Le procès du singe, la Bible contre Darwin*, Complexe, 2006, p. 34.

8. *Ibid.*, p. 35.

9. Pour l'histoire tant des « origines » que du déroulement du procès Scopes, nous nous référons à G. Golding, *op. cit.* ; Dominique Lecourt, *L'Amérique entre la Bible et Darwin*, PUF, 2^e éd., 2007, p. 21-26 ; ainsi qu'aux pages consacrés à l'affaire sur l'excellent site du professeur Douglas Linder, <https://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/trials.htm> [toutes les pages Internet citées ont été visitées pour la dernière fois le 3 février 2009].

10. Cf. les pages qui lui sont consacrées sur le site du professeur Linder, *cit.*

Les journalistes, cependant, ravis de peindre le combat entre la religion (Bryan) et l'esprit moderne et scientifique (Darrow) déchantèrent vite, car l'issue du procès ne faisait aucun doute : Scopes avait enfreint la loi, et le (très dévot) juge le condamnerait. L'argument relatif à l'inconstitutionnalité de la loi avait été rejeté. Darrow comprit vite qu'il n'avait aucune chance de l'emporter, mais opta pour une tactique qui devait faire entrer définitivement le procès Scopes dans la légende : il cita Bryan, le procureur, à témoigner en tant qu'expert de la Bible. Après lui avoir demandé si les Écritures devaient être interprétées littéralement, et suite à l'acquiescement de Bryan, Darrow va refermer son piège et tourner en ridicule son interlocuteur. Un exemple, peut-être le plus truculent du pénible interrogatoire subi par Bryan, suffira : « – Monsieur Bryan, la Bible dit que tous les êtres vivants qui n'avaient pas trouvé refuge sur l'Arche de Noé furent noyés par le Déluge. Le croyez-vous ? – Oui. – Même les poissons ? ». Bryan finira par reconnaître que les six jours de la Création sont en réalité des périodes, démentant de la sorte l'interprétation littérale du texte sacré qu'il prônait de conférences en sermons depuis de nombreuses années.

Scopes sera condamné à 100 dollars d'amende mais, au grand dam de la défense, ce jugement sera annulé en appel pour vice de forme¹¹. La Cour suprême du Tennessee confirme succinctement la constitutionnalité de la loi litigieuse, et ne renvoie pas l'affaire en première instance car « il n'y a rien à gagner à prolonger la vie de cette affaire bizarre »¹². Par là même, la cour privait l'*ACLU* d'un recours devant la Cour suprême. Ce n'est que quarante-trois ans plus tard que l'interdiction de l'enseignement de l'évolution sera jugée inconstitutionnelle par les juges de Washington, qui ne manqueront pas de faire référence, dès le début de leur arrêt, au « procès du singe ». Le procès Scopes, célèbre aux États-Unis¹³, sera systématiquement mentionné dans les décisions de justice traitant de la controverse entre évolution et Création. Finalement, il semble que ce fameux précédent confère à l'opposition entre science et religion une certaine notoriété qui, on le verra, n'est peut-être pas exempte d'effets juridiques.

11. Selon la Cour, une amende d'un montant supérieur à 50 dollars doit être déterminée par le jury, pas par le juge. Cf. Harry Kalven Jr. : « A commemorative case note, *Scopes v. State* », 27 *University of Chicago Law Review* 505 (1960), p. 509.

12. *Scopes v. State*, 289 S.W. 363, p. 367 (1927).

13. Peut-être notamment aussi grâce au film de Stanley Kramer, *Inherent the Wind* (1960).

14. *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968).

Trois ans après la condamnation de Scopes et un an après sa relaxe en appel, l'état de l'Arkansas adopta une disposition similaire. Formulée de manière un peu plus sommaire, celle-ci interdit simplement d'enseigner que « l'homme descend d'un ordre inférieur d'animal », sans référence explicite à la Bible et à la Création divine. Lorsqu'en 1965, l'école de Little Rock adopte, sur recommandation de ses professeurs de biologie, un manuel contenant un chapitre sur l'évolution, seule une jeune enseignante fraîchement recrutée semble consciente du dilemme. Elle doit utiliser le manuel, mais encourt alors une condamnation en vertu de la loi de 1928. Susan Epperson va prendre une décision qui devait assurer à son patronyme une renommée éternelle, du moins parmi ceux qui s'intéressent au droit constitutionnel américain : la procédure va s'achever en 1968 devant la Cour suprême qui, dans le célèbre arrêt *Epperson v. Arkansas*, rendra le jugement qu'avaient tant espéré l'ACLU et les défenseurs de Scopes : l'interdiction d'enseigner l'évolution, en ce qu'elle adapte l'éducation aux principes d'un groupe religieux, viole le premier amendement de la Constitution des États-Unis¹⁴.

C'est cet arrêt qui marque le véritable point de départ de la controverse qui échoue régulièrement devant une ou l'autre juridiction américaine jusqu'à nos jours. Les procédures vont se multiplier. Deux ans après l'arrêt *Epperson*, la Cour suprême du Mississippi, le seul autre état qui connaissait encore une loi similaire, l'annule suite au recours du père d'une élève¹⁵.

Les créationnistes vont alors utiliser plusieurs angles d'attaques pour s'opposer à l'évolution. Aucun ne sera couronné de succès. Le premier consiste à qualifier l'évolution de religion, dont l'enseignement serait contraire à la neutralité imposée à l'État¹⁶. Un autre, beaucoup plus utilisé, n'exige pas que l'on supprime l'enseignement de l'évolution mais, sous diverses variantes, que l'on y adjoigne celui de la Création, qui a été recouverte d'une apparence scientifique et baptisée « science de la création »¹⁷. Puis les créationnistes vont simplement demander qu'un avertissement, sous forme orale ou d'autocollant sur la couverture du manuel de biologie, précise aux élèves que l'évolution n'est pas un fait inatta-

15. *Smith v. State* (Cour suprême du Mississippi), 242 So.2d 692 (1970).

16. *Wright v. Houston Independant School District*, 366 F.Supp. 1208 (1972); *Peloza v. Capistrano Unified School District*, 37 F.3d 517 (1994) (United States Court of Appeals, 9th Circuit).

17. *Daniel v. Waters*, 515 F.2d 485 (1975) (United States Court of Appeal, 6^e circuit); *Hendren v. Campbell* (Marion Superior Court, 1977), accessible en ligne à https://www.talkorigins.org/faqs/hendren/hendren_v_campbell.html; *McLean v. Arkansas Board of Education*, 529 F. Supp. 1255 (E.D. Ark. 1982) (District Court Judge William R. Overton); *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).

quable mais une simple théorie, et les incitant à ne pas remettre en cause leurs convictions religieuses¹⁸. Enfin, alors qu'on était déjà passé de « l'enseignement de la Bible » à une « science de la création », une construction sans référence explicite à Dieu va être proposée, sans plus de succès : le dessin intelligent (*Intelligent Design*)¹⁹, selon lequel les organismes vivants sont si complexes qu'ils sont forcément l'œuvre d'un créateur intelligent, que l'on prend garde de ne pas nommer²⁰.

À travers ce bref aperçu, on peut percevoir les efforts des créationnistes pour s'adapter à la jurisprudence, pour rendre moins explicites les motivations religieuses et plus apparente une prétention scientifique. Pourquoi ? Jusqu'où les juges peuvent-ils s'enquérir de l'objectif véritable des législateurs pro-création ? Comment procèdent-ils ? Telles sont les questions auxquelles les développements qui suivent ambitionnent de répondre.

L'objectif visé par une loi ou une mesure administrative est essentiel dans le contrôle par les juges du respect de la neutralité que le premier amendement impose envers les religions (I). Or, dans la détermination de cet objectif et d'un autre élément essentiel, les conséquences de la loi, les tribunaux sont amenés à se prononcer sur le caractère scientifique ou religieux du créationnisme et de ses variantes (II).

I – L'INTERDICTION CONSTITUTIONNELLE D'ADOPTER UNE MESURE DANS UN BUT RELIGIEUX

La Cour suprême des États-Unis a développé une méthodologie pour le contrôle de la neutralité envers les religions, dans laquelle la détermination de l'objectif de l'auteur de la disposition litigieuse joue un rôle primordial (A). Or, le mouvement créationniste se caractérise justement par une dissimulation de ses objectifs, ce qui a amené la jurisprudence à adapter sa position (B).

18. *Freiler v. Tangipahoa Parish Board of Education*, 975 F.Supp. 819 (1997) (District judge Livaudais), 185 F.3d 337 (1999) (United States Court of Appeal, 5th Circuit), 201 F.3d 602 (2000) (United States Court of Appeal, 5th Circuit), 530 U.S. 1251, 120 S. Ct. 2706 (2000), cert. denied ; *Selman v. Cobb County School District*, 390 F.Supp.2d 1286 (13 janvier 2005) (District Court Judge Cooper), 449 F.3d 1320 (25 mai 2006) (United States of Appeal, 11th Circuit).

19. *Kitzmiller v. Dover Area School District*, 400 F.Supp.2d 707, 205 Ed. Law Rep. 250, (20 décembre 2005, District judge Jones). Dans les écrits français, on trouve deux orthographes pour la traduction de *Intelligent Design*. Personne n'a vraiment tort ou raison, comme l'explique Dominique Lecourt, *op. cit.*, p. 223, note 1 : « Le mot "design" en anglais d'aujourd'hui a une connotation d'ingénierie qui n'est évidemment pas absente du sens de l'expression ; il en va de même à un moindre degré de sa valeur esthétique. Le mot français "dessin", légèrement archaïque, devrait pouvoir se composer avec celui de "dessin" pour constituer une traduction adéquate : le "dess(e)in" intelligent ».

20. Cf. notamment D. Lecourt, *op. cit.*, p. 223 s. ; Cyrille Baudoin et Olivier Brosseau, *Les créationnistes, une menace pour la société française ?*, Syllepse, 2008, p. 18 s.

Nous avons évoqué dès le début de ce texte la « clause d'établissement » contenue dans le premier amendement à la Constitution des États-Unis, interdisant au législateur, à la personne publique (le « government ») d'édicter des mesures favorables à une religion. L'arrêt fondamental indiquant à tous les tribunaux comment procéder pour déterminer si une disposition contrevient à cette exigence a été rendu par la Cour suprême en 1971 et porte le nom de *Lemon v. Kurtzman*²¹. La Cour suprême a pour habitude d'indiquer, aux juridictions inférieures et à elle-même pour des espèces futures, le raisonnement à suivre pour répondre à certains problèmes de constitutionnalité. Elle appelle ces directives méthodologiques des *tests*. Ainsi, le « test *Lemon* » comprend trois éléments, qui regroupent différents critères que la Cour avait développés dans sa jurisprudence antérieure²².

D'abord, la loi (ou toute norme émanant d'une autorité publique) doit avoir un objectif séculier²³. Ensuite, son effet principal ne doit être ni de promouvoir ni d'inhiber la religion. Enfin, la loi ne doit pas entraîner une implication excessive de l'autorité publique dans la religion²⁴. Si la mesure litigieuse échoue à un seul de ces éléments, elle viole la clause d'établissement. Or, les tribunaux ouvrent traditionnellement leur examen par le premier de ces éléments, celui de l'objectif de la mesure. Ainsi, si le juge détermine que son auteur a agi dans le but de favoriser une religion, il lui sera inutile d'examiner les autres éléments du test *Lemon* pour conclure à une violation de la Constitution.

Ces deux autres éléments sont assez liés l'un à l'autre, et correspondent également à un autre test que la Cour a utilisé à partir de 1989, le « test de l'adhésion » (*endorsement test*) : une norme viole la clause d'établissement si elle convoie le message selon lequel l'autorité publique adhère à une religion²⁵. Pour déterminer si c'est le cas, un juge devra se

21. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

22. Cf. par exemple *Abington School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203, p. 222 (1963).

23. Nous emploierions indifféremment les termes « laïc » et « séculier » pour traduire l'américain « secular ». Cependant, si l'on suit les définitions proposées par Jean Baubérot des termes « sécularisation » et « laïcisation », il faudrait préférer dans le cadre de notre étude les dérivés de ce dernier, décrivant un phénomène *institutionnel*, tandis que « sécularisation » concernerait une perte de pertinence sociale des religions au sein de la culture commune. Cf. Jean Bauderot, *Laïcité 1905-2005. Entre passion et raison*, Seul, Paris, 2004, p. 53.

24. *Lemon v. Kurtzman*, cité, p. 612 s. : « Every analysis in this area must begin with consideration of the cumulative criteria developed by the Court over many years. Three such tests may be gleaned from our cases. First, the statute must have a secular legislative purpose ; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion ; finally, the statute must not foster an excessive government entanglement with religion » (citations omises).

25. *Allegheny v. Aclu*, 492 U.S. 573 (1989).

référer à un hypothétique observateur raisonnable, objectif, et informé²⁶. La Cour suprême a pu préciser que l'adhésion d'une école à un message religieux est interdite car elle communique aux membres de l'audience qui n'adhèrent pas à cette religion qu'ils sont des « outsiders » de la communauté, tout en faisant comprendre aux adhérents de cette religion qu'ils sont des membres favorisés²⁷. Dans un récent jugement sur l'enseignement de l'*Intelligent Design*, un juge a ainsi pu affirmer avec raison que le test de l'adhésion est fortement lié à la composante du test *Lemon* relative à l'effet principal de la loi litigieuse²⁸.

Les deux tests se confondent donc légèrement. La Cour suprême évoquait déjà l'adhésion en appliquant *Lemon* avant la conceptualisation claire de l'autre test²⁹. Il semble correct d'avancer pour simplifier quelque peu le cadre juridique que les deux questions principales auxquelles les tribunaux doivent répondre, pour déterminer si une loi ou une mesure prise par la personne publique viole la clause d'établissement, sont relatives à l'objectif et aux conséquences de la disposition litigieuse. C'est sur le premier de ces deux éléments que nous aimerions insister pour commencer.

La première composante du test *Lemon* ne défend pas à une autorité publique d'agir conformément à des motivations religieuses, mais interdit que son seul objectif relève de la sphère religieuse³⁰. Il suffit donc qu'il existe un but séculier, qui n'a pas à être exclusif³¹. Selon une cour d'appel fédérale, un objectif laïc dans une mer de buts religieux peut suffire³². Il semble cependant plus exact d'affirmer qu'un but religieux prédominant entraîne une violation de la clause d'établissement³³.

C'est sur cette question relative à l'intention du législateur³⁴ que se sont jouées de nombreuses tentatives d'insérer le créationnisme dans les programmes scolaires³⁵.

26. *Santa Fe Independent Sch. Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000), p. 308.

27. *Ibid.*, p. 309-310, citant *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), O'Connor conc., p. 688.

28. *Kitzmiller* (2005), cité, p. 213.

29. Cf. *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, p. 690 (1984) : « The central issue in this case is whether [the government] has endorsed [religion] by its [actions] »

30. Cf. *Edwards* (1987), cité, Scalia diss., p. 615.

31. *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, p. 56 (1985).

32. *Freiler* (1999), cité, p. 344.

33. *Edward*, cité, Powell conc., p. 598.

34. Nous emploierons, pour simplifier, le terme de « législateur », mais les propos qui suivent s'appliquent à toute autorité normative publique.

35. Le lecteur intéressé par un aperçu plus général de la jurisprudence de la Cour suprême relative à la religion peut se référer à Daniel O. Conkle : « Expression et symbolisme religieux dans la tradition constitutionnelle américaine : neutralité de l'État, mais pas indifférence », in Elisabeth Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, Paris, 2005, p. 153-177.

La neutralité imposée au législateur est une caractéristique essentielle du premier amendement. Si elle s'impose à lui dans le respect de la clause d'établissement, elle régit aussi l'attitude qu'il doit adopter dans la réglementation de la liberté d'expression : il lui est en principe interdit de prendre une mesure visant à supprimer une opinion particulière. Or, traditionnellement, la Cour suprême accordait une grande confiance à l'objectif annoncé par le législateur. Ainsi, en pleine guerre du Vietnam, la Cour eut à examiner une loi du parlement américain interdisant à quiconque de détruire son ordre d'incorporation dans l'armée (*draft card*)³⁶. Condamné sur cette base, un dénommé O'Brien invoqua une violation du premier amendement, affirmant que son opposition à la guerre lui avait valu cette sanction. Le parlement américain assurait de son côté que cette disposition entendait simplement faciliter le fonctionnement de l'armée et de la conscription. Il aurait suffi à la Cour de jeter un œil aux travaux législatifs pour écarter cet argument et établir que le Congrès visait bien en réalité les opposants à la guerre du Vietnam. Mais à cette époque, la Cour se cantonnait encore à une acceptation naïve des objectifs allégués par le législateur³⁷. Cependant, cette réticence à rechercher les motifs réels de l'adoption d'une mesure s'est beaucoup affaiblie avec le temps³⁸. Dans la controverse sur le créationnisme, on peut même affirmer qu'elle a disparu.

Les autorités publiques pourraient très aisément contourner la clause d'établissement s'il leur suffisait, pour poursuivre un objectif religieux sans crainte de sanction, d'affirmer que leurs motifs sont purement séculiers. Ainsi, la Cour refusa en 1980 d'accepter l'argumentation selon laquelle la décision d'afficher les dix Commandements dans toutes les classes ne visait pas un objectif religieux mais répondait au but laïc d'enseigner un « code juridique fondamental »³⁹. De même, dans un ancien arrêt isolé à son époque, la Cour avait refusé d'avaliser l'affirmation d'un parlement selon laquelle la lecture de la Bible chaque matin à l'école servait un objectif relatif à l'enseignement de la littérature⁴⁰. Bref, les juges de la Cour suprême refusent de se laisser volontairement « aveugler » par des objectifs séculiers allégués⁴¹.

36. *US v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

37. Cf. Frederick Schauer, « Intentions, Conventions, and the First Amendment : the Case of Cross-Burning », 55 *Supreme Court Review* 197 (2003), p. 200.

38. Cf. Lawrence H. Tribe : « The mystery of motive, private and public : some notes inspired by the problems of hate crime and animal sacrifice », 1993 *Supreme Court Review* 1, p. 18 ss.

39. *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980), p. 41.

40. *Abington School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963), p. 223.

41. *Edwards*, cité, p. 590.

Or, le camouflage de son contenu religieux est la principale caractéristique du créationnisme tel qu'il s'est développé suite à l'arrêt de la Cour suprême jugeant inconstitutionnelle l'interdiction de l'enseignement de l'évolution. Des groupes de réflexion fondamentalistes, au premier rang desquels l'*Institut for Discovery Research*, ont en effet travaillé à mettre au point une formulation d'apparence scientifique de la version biblique de la Création. Dès lors, les autorités administratives n'avaient plus qu'à voter l'introduction de cette « théorie » dans les cours de biologie, dans le but allégué d'améliorer l'enseignement de la science, de permettre aux élèves d'être informés des diverses théories scientifiques existantes, de favoriser leur pensée critique. Il n'est donc pas étonnant que ce soit au sujet de ces tentatives d'insérer la religion dans les écoles publiques que la Cour suprême et les autres juridictions ont le plus vigoureusement abandonné la confiance aveugle envers les organes normatifs à propos des motivations de leurs actes. Certes, dans l'arrêt *Epperson*, le juge Black se référait encore à *O'Brien* pour affirmer que la Cour ne saurait annuler une loi parce qu'elle estime déceler à l'arrière-plan des « motifs » inconstitutionnels. « Il est simplement trop difficile de déterminer quels étaient ces motifs », expliquait-il⁴². Mais cette ligne jurisprudentielle va vite être repoussée face aux créationnistes. La première juridiction à donner des signes en ce sens est la cour supérieure du comté de Marion (Indiana) à propos d'un manuel scolaire se présentant comme une description neutre et équilibrée de deux théories relatives aux origines de l'être humain : l'évolutionnisme et le créationnisme. À l'étude du manuel, la Cour va conclure qu'il s'agit là d'une imposture, d'une feinte (*sham*) : l'objet de l'autorité ayant décidé de l'adoption de ce manuel est d'insérer le créationnisme biblique dans les écoles publiques, et de le présenter comme l'unique explication scientifique valable⁴³.

Ce terme de « feinte » va être réemployé par la Cour suprême dans l'arrêt *Edwards v. Aguillard* sanctionnant la loi de Louisiane sur le « traitement équilibré », ordonnant d'adjoindre l'enseignement de la « science de la création » à celui de la théorie de l'évolution. Le parlement de Louisiane soutiendra devant la Cour que cette disposition vise à protéger la « liberté académique ». La Cour suprême va ouvrir son analyse du respect de la première composante du test *Lemon* par la phrase suivante, qui figurera par la suite dans toutes les décisions de justice portant sur cette controverse : « Si la Cour est normalement respectueuse de l'affirmation par un état d'un but séculier, il est nécessaire que l'affirmation de ce but soit sincère, et non une feinte »⁴⁴.

42. *Epperson* (1968), *cité*, Black conc., p. 113.

43. *Hendren v. Campbell*, *cité*.

44. *Edwards* (1987), *cité*, p. 586-587 : « While the Court is normally deferential to a State's articulation of a secular purpose, it is required that the statement of such purpose be sincere and not a sham ».

Bien loin de se contenter des explications de l'auteur d'une mesure, les juridictions vont donc systématiquement rechercher, à partir de l'arrêt *Edwards*, les motivations véritables de l'autorité l'ayant édictée. Pour ce faire, elles vont essentiellement s'intéresser dans un premier temps à l'histoire de l'apparition de la mesure litigieuse : les travaux préparatoires, les déclarations des individus l'ayant votée, voire des leaders créacionnistes ayant présidé à son adoption.

Cette enquête sur les véritables motivations du législateur a fait l'objet de nombreuses critiques, y compris au sein de la Cour suprême. Un de ses adversaires les plus virulents est sans doute le juge Scalia, qui a notamment consacré un long paragraphe dans une opinion individuelle à comparer le test *Lemon* à un monstre effrayant les petits enfants et les juristes, ressortant de sa tombe à chaque fois qu'on le tue⁴⁵. Ce qui hérisse particulièrement le juge dans le test *Lemon*, c'est cette recherche de l'intention du législateur. Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Edwards*, Scalia explique qu'il est extrêmement difficile, et « presque toujours une tâche impossible », de déterminer l'intention du législateur, et même les motifs d'un seul membre du collectif ayant adopté une mesure litigieuse⁴⁶. Ainsi, un élu ayant voté pour la loi introduisant l'enseignement de la création peut très bien n'avoir été motivé ni par l'objectif allégué d'améliorer l'éducation, ni par le but décelé par la majorité des juges de favoriser la religion. Une multitude d'autres facteurs sont envisageables, et le juge prend plaisir à en énumérer un certain nombre : créer des emplois dans la région, être ami avec le rapporteur de la loi, satisfaire une vieille rancune envers un élu opposé à la loi, être énervé contre sa femme qui se trouve être défavorable à la loi... Et à supposer que l'on puisse identifier les motivations précises de chaque individu ayant voté pour la loi, combien d'entre eux doivent-ils être animés de l'intention inconstitutionnelle pour conclure à l'annulation de la loi litigieuse ? Déterminer l'intention du législateur est une entreprise périlleuse, conclut le juge Scalia. Si l'argumentation du juge est amusante⁴⁷, elle n'en demeure pas moins fortement discutable. Dans plusieurs arrêts déjà anciens, la Cour suprême avait rappelé que les députés des parlements des États sont présumés agir d'une manière constitutionnelle, que la Cour ne doit pas oublier qu'ils ont eux aussi juré de défendre la Constitution et ont la responsabilité de gouverner⁴⁸. Plutôt

45. *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 384 (1993), Scalia diss.

46. *Edwards* (1987), cité, Scalia diss., p. 636-639.

47. Ce n'est pas pour rien que le juge Scalia a écopé du titre de juge le plus drôle de la Cour suprême suite à une étude de Jay Wexler sur la base du nombre d'occurrence de l'indication « Rires » dans les transcriptions des délibérations de la Cour. Jay Wexler, « Laugh Track », 9 *The Green Bag* 2D 59 (2005).

48. Cf. *Edwards*, cité, Scalia diss., p. 620.

que d'en conclure comme Scalia, en passant outre de nombreux arrêts plus récents, que la Cour doit présumer de manière irréfragable que les motivations des parlements fédérés sont constitutionnelles, il nous semble possible de nous contenter d'affirmer que la Cour ne saurait partir du principe qu'un député effectue ses choix politiques dans le but d'embêter sa femme⁴⁹.

Quoiqu'il en soit, force est de reconnaître que les juridictions n'effectuent pas une telle enquête individualisée dans la détermination de l'intention du législateur. Certes, si des preuves établissent que des responsables de la mesure litigieuse ont explicitement affirmé que sous couvert du créationnisme c'est bien la religion qu'ils souhaitaient introduire dans l'école, les juridictions en tiendront compte. Mais les juges s'attardent aussi sur d'autres éléments : la nature intrinsèquement religieuse du « créationnisme scientifique » et de ses variantes, ainsi que le contexte historique américain marqué par les tentatives répétées des fondamentalistes de supprimer l'enseignement de l'évolution en cours de biologie. Ces deux éléments sont essentiels dans l'analyse de la constitutionnalité des tentatives créationnistes de pénétrer l'école publique. De plus, ils sont applicables tant à la composante du test *Lemon* relative à l'objectif du législateur qu'à sa composante relative à l'effet principal de la loi, et au test d'adhésion qui en est très proche.

II – LE CARACTÈRE INTRINSÈQUEMENT ET HISTORIQUEMENT RELIGIEUX DU CRÉATIONNISME

Puisqu'une caractéristique centrale du créationnisme depuis quarante ans est d'être une théorie religieuse sous apparence scientifique, des tribunaux ont été amenés à s'interroger sur sa qualité scientifique (A). Par ailleurs, on observe que plus les tentatives fondamentalistes se font implicites, plus les tribunaux américains ont recours au contexte historique (B).

A – UNE SCIENCE ?

Le fondement de la tactique des « fondamentalistes » consiste à revêtir une doctrine religieuse d'une apparence scientifique. Leurs prétentions ont évolué de l'enseignement de la version biblique de la Création, à celui de la « science de la création », puis du « dessin intelligent ». Les tribunaux ont donc été amenés à se prononcer sur le caractère scientifique ou non de ces « théories ». Or, et cela ne surprendra peut-être pas

49. Cf. aussi la critique de cette argumentation dans L. Tribe, *art. cit.*, p. 33, note 79.

le lecteur français habitué aux indignations visant le juge qui se « mêle de l'histoire », qui a l'outrecuidance d'opérer une distinction entre la méthodologie d'un historien et celle d'un négationniste⁵⁰, les juges américains ont également été critiqués pour avoir osé pénétrer un domaine qui serait « réservé » aux « philosophes des sciences ».

Les attaques sont notamment venues, bien sûr, d'auteurs à la fois juristes et fervents religieux acquis aux thèses créationnistes⁵¹. Mais de manière plus intéressante, un auteur s'intéressant depuis longtemps à la question de l'enseignement du créationnisme dans les écoles publiques, et concluant à son inconstitutionnalité, a ressenti le besoin de consacrer un article à critiquer le juge Jones pour avoir répondu, dans l'arrêt *Kitz-miller*, à la question du caractère scientifique du dessin intelligent⁵².

Jay Wexler n'explique en rien en quoi il serait interdit au juge de se prononcer sur le caractère scientifique ou non du créationnisme. Il affirme de manière peu persuasive qu'une telle approche est « inutile », « non pertinente », « dangereuse », qu'elle sort du « rôle typique du juge », bref que le juge ne *devrait* pas s'engager sur cette voie. Or, non seulement il peut le faire, mais surtout un tel examen est nécessaire dans le contrôle du respect du premier amendement. L'exemple du juge Scalia est, encore une fois, instructif. Celui-ci a recours à cet argument de l'agnosticisme du juge : il ne reviendrait pas à la Cour de se prononcer sur le caractère scientifique ou non du créationnisme. Selon Scalia, le juge n'est pas en mesure de vérifier l'affirmation des créationnistes sur le caractère scientifique de leur théorie. La quasi-totalité de son opinion dissidente à l'arrêt *Edwards* repose sur ce parti pris : puisque les députés de l'Arkansas soutiennent que la « science de la création » est la deuxième explication scientifique possible de l'origine des êtres humains, la Cour doit présumer qu'ils disent vrai⁵³. Certes, s'il s'avérait que le créationnisme scientifique n'était rien d'autre que la version biblique de la Création, sans appui scientifique, la loi serait inconstitutionnelle, explique Scalia⁵⁴. Mais en l'absence de preuves en ce sens, un juge ne saurait aboutir à cette conclusion. Cette opinion du juge Scalia

50. Cf. Thomas Hochmann, « Les limites à la liberté de l'«historien» en France et en Allemagne », *Droit et Société*, n° 69-70, 2008, p. 527-548.

51. Cf. par exemple Arnold H. Loewy, « The Wisdom and Constitutionality of Teaching Intelligent Design in Public Schools », *5 First Amend. L. Rev.* 82, (2006), p. 83 s. L'auteur ayant certainement le plus écrit pour l'enseignement de la Création dans les écoles avec des arguments relatifs au droit constitutionnel est Francis Beckwith, un professeur de philosophie proche du *Discovery Institute*, dont l'autre sujet favori est l'inconstitutionnalité de la liberté d'avorter. Cf. F. Beckwith, *Defending Life: A moral and legal case against abortion choice*, Cambridge University Press, 2007 ; *Law, darwinism and public education*, Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

52. Jay D. Wexler : « Kitzmiller and the "Is it science?" question », *5 First Amendment Law Review* 90 (2006).

53. *Edwards*, cité, Scalia diss., p. 611.

54. *Ibid.*, p. 634.

soutient *a contrario* l'attitude des juges qui, face à des preuves écrasantes, ont établi le caractère non scientifique du créationnisme pour conclure que son enseignement dans les écoles publiques violerait la Constitution. Pour déterminer tant le but du législateur que l'effet de la mesure adoptée, la nature scientifique ou non du créationnisme joue un rôle essentiel. En effet, si le « créationnisme scientifique » et ses variantes sont bien une science, les buts séculiers allégués pour son enseignement deviennent plausibles (améliorer le programme scolaire en biologie, porter à la connaissance des élèves les différentes principales théories scientifiques...). Si le créationnisme est une science, l'effet principal d'une mesure instaurant son enseignement ne sera pas religieux, un observateur raisonnable n'en déduira pas que le gouvernement adhère à une religion. Bref, si le créationnisme est une science, le fait qu'il coïncide avec des croyances religieuses ne rend pas son enseignement inconstitutionnel. Si l'existence de Dieu était scientifiquement établie, son enseignement ne violerait pas le premier amendement, bien qu'il serait conforme à la religion.

Examiner la nature scientifique ou non du créationnisme est donc essentiel dans le contrôle du respect du premier amendement. Comment déterminer, par exemple, l'opinion d'un observateur objectif, raisonnable et informé, comme le demande le test d'adhésion, si le juge ne peut s'interroger sur la nature du créationnisme ? Il semble difficile de ne pas s'accorder avec un juge de l'Arkansas qui, après s'être livré à cet examen, affirmait : « La conclusion que la science de la création n'a aucun caractère scientifique ou valeur éducative en tant que science a une signification juridique [...]. Le deuxième des trois éléments du [*test Lemon*] ne s'applique qu'aux lois dont les conséquences principales sont la promotion de la religion. Les effets secondaires promouvant la religion n'entraînent pas l'inconstitutionnalité. Puisque la science de la création n'est pas une science, la conclusion est inéluctable : la seule véritable conséquence de la loi [litigieuse] est la promotion de la religion »⁵⁵.

Les juridictions ne peuvent donc échapper à l'examen du caractère scientifique ou non de la « science de la Création » et de ses variantes. Dans deux jugements, cette question est particulièrement développée, peut parce que les juges ont entendu donner à la motivation de leur jugement un rôle didactique particulier. En 1982, le juge Overton rendait sa décision dans l'affaire *McLean v. Arkansas*, concernant une loi exigeant un « traitement équilibré » de la « science de l'évolution » et de la « science de la Création »⁵⁶. Pour établir son inconstitutionnalité en

55. *McLean, cité*. Le juge avait établi auparavant dans son jugement que la « science de la création » était une doctrine religieuse.

56. *McLean v. Arkansas Board of Education*, 529 F. Supp. 1255 (E.D. Ark. 1982). Ce jugement a été traduit en français par Anne Deren, et publié en annexe de D. Lecourt, *op. cit.*, p. 161-186. Par ailleurs, un site Internet rassemble une importante documentation sur le procès, qui a vu de nombreux experts s'exprimer sur le « créationnisme scientifique » :

vertu du test *Lemon*, le juge établit d'abord de très nombreux éléments démontrant les objectifs religieux des individus ayant soutenu et voté la loi litigieuse. Par ailleurs, ajoute-t-il, même si l'on s'en tient, comme le souhaitent les défendeurs, au seul texte de la loi, son but et son effet religieux ne font pas de doutes non plus. En analysant l'article de la loi définissant la « science de la Création », le juge remarque que celle-ci fait référence, sans les citer, aux onze premiers chapitres de la Genèse. Il va établir, sur la base de cet argument et de nombreux autres, que le créationnisme est un point de vue religieux. Cependant, le juge ne va pas s'arrêter là. Selon lui, il manque à la loi litigieuse « une valeur éducative légitime parce que la “science de la création” telle que définie dans cet article n'est tout simplement pas une science ». En s'appuyant sur les experts ayant témoigné devant lui, le juge Overton propose plusieurs critères définissant la science, dont aucun n'est satisfait par la « science de la Création » telle qu'elle est décrite dans la loi litigieuse. Elle est en effet basée sur l'idée d'une création subite à partir du néant. Il s'agirait là d'une intervention surnaturelle, par définition n'obéissant pas aux lois de la nature, qui n'est ni vérifiable ni falsifiable. Le juge remarque en particulier que la méthode des créationnistes ne consiste pas à étudier des données et à en tirer des conclusions, mais à interpréter littéralement la Genèse puis à s'efforcer de lui trouver un appui scientifique. Et le juge de citer l'une des plus grandes figures du mouvement créationniste, Henry Morris, auteur des *Studies in Bible and Science* : « Si un homme veut connaître quoi que ce soit à propos de la Création (l'époque de la Création, sa durée, ses méthodes ou quoi que ce soit d'autre), son unique source d'information véritable est la parole divine. Dieu était présent lorsque cela eut lieu. Pas nous... Par conséquent nous sommes absolument limités à ce que Dieu a jugé bon de nous dire, l'information se trouve dans ses Écritures. C'est cela notre manuel de science de la Création ! ». Le juge se réfère qui plus est aux déclarations auxquelles les membres postulants à la *Creation Research Society* doivent souscrire, parmi lesquelles : « Tous les types fondamentaux des êtres vivants, homme inclus, ont été créés par des actes de Dieu durant la semaine de la Création ainsi qu'elle est décrite dans la Genèse »⁵⁷. « Bien que chacun soit libre d'aborder une recherche scientifique comme il l'entend, remarque le juge Overton, on ne peut vraiment pas parler de méthodologie scientifique quand on commence par la conclusion et qu'on refuse de la modifier malgré les preuves apportées au cours de la recherche ».

Dans un procès plus récent, le juge John E. Jones III était confronté à la dernière évolution du créationnisme : l'*Intelligent Design*. Dans son

http://www.antievolution.org/projects/mclean/new_site/index.htm. Nous citons l'arrêt à partir de ce site, où ne figurent ni pagination, ni numéros de paragraphe, ce qui explique l'absence de telles références dans notre texte.

57. Cf. D. Lecourt, *op. cit.*, p. 27-28.

jugement, après avoir établi que l'exigence d'enseigner le dessin intelligent violait la clause d'établissement en application du test d'adhésion, le juge ajoute : « nous estimons qu'il nous incombe de traiter d'un problème additionnel soulevé par les plaignants : est-ce que le dessin intelligent est une science ? ». Selon le juge, après six semaines de procès et des heures innombrables de témoignages détaillés d'experts, aucun autre tribunal aux États-Unis n'est dans une meilleure position que lui pour s'aventurer dans ce domaine controversé. S'il entend ainsi répondre à cette question, ce n'est « pas seulement parce que cela est essentiel pour établir une violation de la clause d'établissement », mais aussi dans l'espoir que cela pourrait empêcher le gâchis évident de ressources judiciaires et autres qui serait occasionné par un autre procès impliquant la question précise qui est devant lui⁵⁸.

Le juge rappelle qu'il ne prend pas position quant à la question de savoir si les arguments du dessin intelligent sont vrais. Simplement, ce n'est pas de la science. Il justifie cette affirmation un peu à la manière du juge Overton dans *McLean*. Le dessin intelligent viole la règle d'or de la science, vieille de plusieurs siècles, qui exclut l'intervention surnaturelle, qui considère les données empiriques comme base de la recherche scientifique. Il n'échappe pas au juge Jones que l'un des objectifs principaux du mouvement du dessin intelligent est de redéfinir la science, de manière à ce qu'elle englobe l'intervention surnaturelle et donc le dessin intelligent.

Dans ces deux arrêts, les juges ont recours à deux autres arguments pour refuser le caractère scientifique au créationnisme (ou son jumeau presque identique, le dessin intelligent). D'abord, l'absence totale de publication en leur faveur dans des revues à comité de lecture montre que cette théorie n'est pas admise dans la communauté scientifique.

Ensuite, les juges critiquent vivement la dichotomie créationniste considérant l'évolution et la Création comme les deux seules explications, exclusives l'une de l'autre, de l'origine de l'homme. Déjà Bryan, le procureur du procès Scopes, déclarait à la presse, dès son arrivée dans la ville où devait se tenir les débats : « la lutte entre l'évolution et le christianisme est un duel à mort. [...] Si l'évolution gagne à Dayton, le christianisme périra car les deux ne peuvent survivre ensemble »⁵⁹. Sur la base de cette dichotomie, les créationnistes considèrent que toute donnée qui ne supporte pas l'évolution est une preuve du créationnisme⁶⁰. Évidemment, cela entraîne une représentation faussée de la théorie de l'évolution, que les juges dénoncent. Dans *McLean*, le juge Overton affirmait

58. *Kitzmilller, cité*, p. 724-735.

59. Cité dans G. Golding, *op. cit.*, p. 47.

60. Astuce méthodologique qui rappelle bien sûr la logique suivie par les négationnistes de la Shoah. Il ne s'agit là que d'une des nombreuses similitudes entre ces deux discours qui n'ont de scientifique que l'apparence.

que ce « dualisme inventé » n'a aucune base scientifique. Ce sont les créationnistes, expliquent-ils, qui se passionnent pour l'apparition de la vie, et ce sont eux qui la placent au centre de la théorie de l'évolution. En réalité, l'évolutionnisme prend acte de l'existence de la vie, et s'intéresse à la manière dont elle a évolué. En aucun cas la théorie de l'évolution ne suppose l'absence d'un créateur divin. Lors du procès *McLean*, le grand généticien et ancien prêtre Francisco Ayala expliqua à la cour qu'il était parfaitement possible d'être un scientifique travaillant sur l'évolution tout en étant profondément pieux. Dans l'arrêt *Kitzmiller*, le juge Jones observe le même « dualisme fabriqué » à l'appui du dessin intelligent. Or, « cette fausse dichotomie ne permet pas plus de justifier le dessin intelligent aujourd'hui que la science de la création il y a vingt ans »⁶¹. Le fait qu'un point précis ne puisse être expliqué scientifiquement aujourd'hui par les évolutionnistes ne signifie pas qu'il ne pourra jamais l'être autrement qu'en ayant recours à la Création divine. « L'absence de preuve n'est pas la preuve de l'absence », assène joliment le juge Jones, en citant un expert⁶².

Les créationnistes attaquent l'évolution sous deux angles. D'abord, donc, ils relèvent des lacunes existantes d'une part, et émettent des critiques complètement infondées d'autre part, l'idée sous-jacente étant qu'une preuve contre l'évolution est une preuve pour la création. Par ailleurs, plutôt que de s'échiner à montrer que le créationnisme est une science, ils ont également saisi la justice pour qu'elle établisse que l'évolution est une religion. Cette approche s'inscrit dans une offensive des fondamentalistes qui, si elle vise principalement l'évolution, ne se limite pas à elle. Depuis que la Cour suprême a invalidé la prière organisée et la lecture obligatoire de la Bible dans les écoles publiques⁶³, ils dénoncent toute une série d'enseignements qu'ils estiment incompatibles avec leurs convictions religieuses (éducation sexuelle, éthique, évolution...), et qu'ils regroupent sous le terme d'« humanisme séculier »⁶⁴. C'est ainsi que, ne craignant pas la contradiction, des élèves de Houston ont pu saisir la justice pour qu'elle interdise l'enseignement de l'évolution car celui-ci viole... la clause d'établissement ! En restreignant l'étude des origines de l'homme à un examen non-critique de la théorie de l'évolution, l'administration fournirait un support officiel à une « religion de sécularisme »⁶⁵. Cette étrange expression provient de la jurisprudence de la Cour suprême, qui entendait par là rappeler que si le premier amen-

61. *Kitzmiller*, cité, p. 738.

62. *Ibid.*

63. *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) ; *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

64. Cf. Nadine Strossen : « "Secular Humanism" and "Scientific Creationism" : Proposed Standards for reviewing curricular decisions affecting students' religious freedom », 47 *Ohio State Law Journal* 333 (1986), p. 336 s.

65. *Wright v. Houston Independant School District*, 366 F. Supp. 1208 (1972).

dement interdit au gouvernement de favoriser la ou une religion, il pros- crit également l'hostilité envers elle⁶⁶. Mais nos requérants vont ici plus loin : ils affirment que l'enseignement de l'évolution consiste, « sous couvert de théorie scientifique, à propager une doctrine fondamentale- ment religieuse de par sa nature, et donc à « établir » une religion par- ticulière, en violation du premier amendement ». Et ils n'hésitent pas à se référer à l'arrêt *Epperson*, où la Cour suprême sanctionnait l'interdic- tion d'enseigner l'évolution. Évidemment, la stratégie ne sera pas payante. Le juge explique ne voir aucun lien entre l'évolution et la reli- gion. Inévitablement, la science et la religion traitent de questions simi- laires⁶⁷, et peuvent apporter des réponses très divergentes. Mais les ensei- gnants en science dans les écoles publiques ne peuvent avoir l'obligation d'éviter la discussion de tous les problèmes scientifiques sur lesquels une religion prétend apporter une réponse.

La tentative des étudiants de Houston n'est pas restée isolée. En 1994, une cour d'appel fédérale répondait à un enseignant ayant pour- suivi l'autorité scolaire car celle-ci le forçait à enseigner l'évolution- nisme, « l'un des deux points de vue sur l'origine de la vie et de l'un- vers », l'autre étant le créationnisme « qui est aussi un système de croyance religieuse »⁶⁸. La Cour lui rappelle que l'évolution, ou évolu- tionnisme⁶⁹, est un concept biologique selon lequel des formes supé- rieures de vie ont évolué à partir de formes inférieures. « Ce concept n'a rien à voir avec la manière dont l'univers a été créé, avec la question de savoir s'il y a eu un créateur ». Au requérant qui accuse l'administration de soutenir la « religion de l'évolution », ou plus largement la religion de « l'humanisme séculier », la Cour rétorque que jamais dans la juris- prudence aucun tribunal n'a considéré qu'il s'agissait là de religions au sens de la clause d'établissement. « L'évolution est une théorie scienti- fique basée sur le rassemblement et l'étude de données, et la modifica- tion de nouvelles données ». De manière très claire, en se référant à l'ar- rêt *Edwards*, les juges expliquent que « la Cour suprême a jugé sans ambiguïté que si la croyance en un créateur divin de l'univers est une croyance religieuse, la théorie scientifique que des formes de vie supé- rieures ont évolué à partir de formes inférieures ne l'est pas »⁷⁰.

66. *School District of Abington Township, cité.*

67. Selon certains créationnistes, puisque la théorie de l'évolution et la « science de la Création » s'intéressent à la même question, si l'une est religieuse alors l'autre l'est forcée- ment aussi. Pour une réfutation amusante de cet argument qui, même si l'on accepte son postulat de départ, demeure dénué de toute logique, cf. J. Wexler, « Intelligent Design and the First Amendment : A Response », 84 *Washington University Law Review* 63 (2006), p. 71.

68. *Peloza v. Capistrano Unified School District*, 37 F.3d 517 (1994) (United States Court of Appeals, 9th Circuit).

69. *Ibid.*, p. 521 : « ajouter "isme" à la fin du mot n'en change pas la signification, ne transforme pas magiquement l'"évolution" en religion ».

70. *Ibid.*, p. 521 s.

Les créationnistes ont donc beau essayer par tous les côtés, la justice américaine refuse de se laisser bernier et de leur ouvrir la porte des écoles publiques. Surtout, à force de les voir insister, avec diverses feintes et sous divers déguisements, les juges les connaissent bien, et l'acharnement des fondamentalistes semble se retourner contre eux.

B – LES EFFETS JURIDIQUES DU CONTEXTE HISTORIQUE (OU « LA LÉGENDE DU PROCÈS DU SINGE »)

Le fait est remarquable dès l'arrêt *Epperson* et dans toute la jurisprudence ultérieure : pas un arrêt traitant des velléités créationnistes qui n'évoque, souvent d'entrée de jeu, parfois un peu plus loin au détour d'une phrase, la condamnation de Scopes à Dayton en 1925. Dans *Epperson*, la Cour suprême remarque immédiatement que la mesure litigieuse est inspirée de la « loi du singe » et fut adoptée peu de temps après elle⁷¹. En 1973, une juridiction condamne les responsables d'une école qui avaient renvoyé sans préavis un enseignant stagiaire ayant fait part de ses doutes sur la valeur scientifique de l'interprétation littérale de la Genèse. « On aurait pu penser que le procès du singe à Dayton avait mis fin aux efforts d'empêcher toute discussion sur l'évolution », remarque le juge avant de rappeler que ce n'est que quelques années plus tôt que l'interdiction d'enseigner l'évolution a été jugée inconstitutionnelle⁷². Les juridictions vont donc souligner la continuité qui relie le célèbre épisode et les tentatives contemporaines en faveur du créationnisme. À propos d'une loi exigeant un enseignement équilibré de l'évolution et de la Création, une cour d'appel fédérale ouvre son arrêt comme suit : « Il s'agit ici d'une version de 1974 des efforts législatifs de supprimer la théorie de l'évolution depuis le célèbre "Procès du singe" de Scopes. Ici, le législateur du Tennessee a essayé d'éviter la suppression directe d'une expression, et les sanctions pénales. Mais l'objectif d'établir la version biblique de la Création de l'homme est aussi clair dans [cette] loi qu'il l'était dans la loi de 1925 »⁷³.

Comme le résume une juridiction américaine en 1977 : « Depuis la controverse Scopes il y a plus de cinquante ans, les Cours de ce pays ont affronté des tentatives répétées de la part de groupes de toutes les convictions imaginables d'imposer leurs conceptions particulières, religieuses ou éthiques à la population entière. Nous pourrions noter qu'avec chaque nouvelle décision de justice, les activistes religieux se sont efforcés de modifier ou d'adapter leur approche pour effectuer des

71. *Epperson* (1968), *citée*, p. 98.

72. *Moore v. Gaston County Board of Education*, 357 F. Supp. 1037 (1973), p. 1042.

73. *Daniel v. Waters*, 515 F.2d 485 (1975) (United States Court of Appeal, 6^e circuit), p. 487.

pressions sur les autorités et les parlements des états fédérés. En adoucissant leur position et en amendant leur langage, ces groupes ont encore et toujours obligé les juridictions à réaffirmer et à redéfinir les interdictions mises en place par le premier amendement »⁷⁴.

Cette conscience historique des efforts répétés des fondamentalistes pour substituer la version biblique de la Création à l'enseignement de l'évolution dans les écoles publiques a une certaine signification juridique. Les juges en tiennent compte pour déterminer l'objectif des autorités prenant de telles mesures, en application de la première composante du test *Lemon*. Surtout, ce contexte historique est déterminant dans l'examen de la deuxième composante de ce test (l'effet principal de la mesure), et du test d'adhésion qui lui est lié. En effet, les cours estiment que pour déterminer si l'effet principal de la mesure est de favoriser une religion, si elle convoie le message que le gouvernement adhère à une conviction religieuse, il faut se référer au point de vue d'un observateur raisonnable, objectif et informé⁷⁵. Or, cet observateur est présumé avoir conscience de l'histoire de la controverse entre évolution et création. Par conséquent les tentatives les plus implicites des créationnistes seront sanctionnées par la justice.

Au début des années 2000, l'autorité scolaire de Cobb County adoptait un nouveau manuel de biologie, contenant un chapitre sur l'évolution. Suite aux plaintes exprimant l'inquiétude de nombreux parents d'élèves, les responsables s'adressèrent à leur service juridique pour savoir comment apaiser ces craintes sans enfreindre la loi. La solution retenue consista à apposer, sur la couverture de chaque manuel, un autocollant déclarant : « Ce manuel contient des développements sur l'évolution. L'évolution est une théorie, pas un fait, concernant l'origine des êtres vivants. Ces développements doivent être considérés avec un esprit ouvert, étudiés soigneusement et considérés de manière critique »⁷⁶. Contrairement à une espèce qui avait échoué quelque temps plus tôt devant la justice⁷⁷, la phrase litigieuse ne fait donc aucune référence directe à la version biblique de la Création. Le juge va accepter le bien fondé des buts séculiers allégués par l'administration scolaire, celui de favoriser la pensée critique, et celui de répondre aux craintes des parents d'élèves : la personne publique cherchait à faire preuve de considération pour les inquiétudes de ses administrés tout en maintenant une position de neutralité envers la religion.

Cependant, le juge va tout de même conclure à une violation de la clause d'établissement : un observateur raisonnable, objectif et informé

74. *Hendren* (1977), *cité*.

75. Cf. *Santa Fe Independent Sch. Dist. v. Doe* (2000), *cité*, p. 308.

76. *Selman v. Cobb County School District*, 390 F. Supp. 2d 1286 (13 janvier 2005) (District Court Judge Cooper). Notons qu'en réaction, le numéro du 28 avril 2005 de la prestigieuse revue scientifique *Nature* barra sa couverture d'un avertissement similaire.

77. Cf. les différents arrêts de l'affaire *Freiler*, *cités*.

estimerait que l'autocollant convoie un message d'adhésion à une religion, fait comprendre à ceux qui s'opposent à l'évolution pour des raisons religieuses qu'ils sont des membres favorisés de la communauté, et à ceux qui acceptent l'évolution qu'ils sont des « outsiders » politiques⁷⁸. Or, l'élément déterminant qui amène le juge à cette conclusion, c'est le contexte historique des attaques créationnistes contre l'évolution. Le juge retrace cette histoire, en partant de Scopes et en passant par *Epperson*, *McLean* et *Edwards*, et affirme que l'observateur raisonnable, informé, est présumé avoir connaissance de ces événements. Ainsi, l'affirmation contenue dans l'autocollant selon laquelle l'évolution est « une théorie et non un fait » est problématique, pas en raison de sa vérité ou de sa fausseté, mais parce qu'elle correspond à un long débat sur cette question entre partisans de l'évolution et partisans de doctrines religieuses, et que l'administration donne l'impression d'avoir choisi son camp. Même en l'absence d'une référence explicite à la Création, l'autocollant contient un message religieux implicite promu par les fondamentalistes chrétiens et créationnistes qui est discernable si l'on considère le contexte historique de l'affirmation selon laquelle l'évolution est une théorie et non un fait. L'observateur raisonnable, informé, est présumé conscient de ce contexte historique⁷⁹.

En 2005, face à la dernière mouture du camouflage créationniste, le « dessin intelligent », le juge rappelle également que l'« observateur raisonnable » intervenant dans l'application du test d'adhésion a conscience du contexte historique. Le juge va établir sans peine les liens entre le créationnisme et le dessin intelligent. En étudiant les différentes versions du manuel litigieux proposé aux élèves, le juge relève un fait remarquable. Dans les versions antérieures à 1987, le manuel traite de la « science de la création ». Dans les versions postérieures, c'est-à-dire après l'arrêt *Edwards* de la Cour suprême qui interdit l'enseignement de la « science de la création » dans les écoles publiques, toutes les occurrences de « science de la création » ont été remplacées par « dessin intelligent »⁸⁰.

Le seul fait de mettre en cause l'évolution éveille donc l'attention des juges, qui vont immédiatement se demander s'il ne s'agit pas d'« isoler un segment précis dans le domaine de la connaissance parce qu'il est estimé contrevenir à des croyances religieuses »⁸¹. Les nombreuses tenta-

78. *Selman*, cité, p. 1306.

79. *Ibid.*, p. 1312. En appel, cet arrêt sera annulé pour des raisons techniques et renvoyé à la première cour. Un accord extrajudiciaire a finalement été conclu en faveur des plaignants, l'administration scolaire s'engageant à ne pas utiliser l'autocollant litigieux. Cf. le communiqué de presse de *Americans United for Separation of Church and State*, 19 décembre 2006 : « Americans United Applauds Settlement Of Georgia Lawsuit Over Evolution Disclaimer ».

80. *Kitzmiller* (2005), cité, p. 721.

81. *Epperson* (1968), cité, p. 103.

tives des fondamentalistes contribuent à former un contexte important pour la solution des espèces futures, car l'observateur raisonnable est présumé être informé de l'histoire, du contexte historique d'une mesure gouvernementale⁸². Le juge ne se laissera donc pas facilement berné par les camouflages des fondamentalistes, que la Genèse soit habillée des traits de la « science de la création »⁸³, ou revête une couche supplémentaire pour devenir le « dessin intelligent »⁸⁴. Parmi les indices auquel il aura recours pour conclure à une violation de la clause d'établissement figure, outre les travaux préparatifs de la loi et le caractère intrinsèquement religieux et non scientifique de la doctrine avancée, l'histoire de la controverse. Le juge examinera la nouvelle doctrine « à la lumière de la longue histoire de l'attaque du fondamentalisme contre la théorie scientifique de l'évolution »⁸⁵, qui éveille sa suspicion envers toute nouvelle tentative.

L'un des seuls arrêts dont nous ayons connaissance qui ne fait aucune allusion au procès *Scopes* est celui où le juge retrace de la manière la plus approfondie les efforts des fondamentalistes depuis les années vingt pour supprimer l'enseignement de l'évolution dans les écoles publiques⁸⁶. Ce n'est peut-être pas un hasard. Il semble en effet que c'est cette histoire que symbolise la référence au « procès du singe ». C'est également ainsi qu'il faut comprendre une critique adressée par le juge Scalia à la jurisprudence. Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Edwards*, il s'opposait vigoureusement à l'appréciation de la Cour selon laquelle l'objectif séculier allégué pour enseigner la « science de la création » était une feinte. Selon lui, il s'agit là du résultat d'une « prédisposition intellectuelle créée par les faits et la légende du procès *Scopes* », qu'il définit comme « une réaction instinctive selon laquelle toute exigence gouvernementale relative à l'enseignement de l'évolution doit être une manifestation de la répression chrétienne fondamentaliste »⁸⁷. Scalia touche parfaitement juste, même si c'est pour critiquer cette attitude des juges. Car contrairement à ce qu'il affirme, rien dans la Constitution ou dans la jurisprudence de la Cour suprême n'interdit aux juridictions de tenir compte du contexte historique, des tentatives répétées et de plus en plus

82. Cf. *Kitzmiller* (2005), *cité*, p. 714-715, et les références jurisprudentielles.

83. *McLean*, *cité*.

84. *Kitzmiller*, *cité*.

85. *Ibid.*, p. 716.

86. *McLean*, *cité*.

87. *Edwards*, *cité*, Scalia diss., p. 634. Cf. aussi son opinion dissidente au refus de la Cour d'étudier le recours dans l'affaire *Freiler*, où il s'insurge à nouveau contre la « légende du procès du singe ». *Tangipahoa Parish Board of Education v. Freiler*, 530 U.S. 1251 (2000), cert. denied, Scalia diss. Notons que l'invocation du traumatisme du « procès du singe » n'est pas limitée aux affaires de créationnisme : cf. par exemple, à propos d'une atteinte à la vie privée, l'opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente du juge Harlan jointe à l'arrêt *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 406 (1967) : « Une nation qui compte le procès *Scopes* parmi son héritage ne peut pas sans hésitation exposer des idées à la sanction parce qu'un jury les estime fausses ».

subtiles des fondamentalistes. Ce n'est qu'une neutralité si absolue qu'elle confine à la partialité, un refus total de se prononcer quant au caractère scientifique des constructions créationnistes, qui permet au juge Scalia de qualifier l'arrêt *Edwards* de « *Scopes* à l'envers », d'écrire que l'enseignement de la « science de la création » est constitutionnel car les habitants de la Louisiane ont parfaitement le droit « que des preuves scientifiques opposées à l'évolution soit présentées dans leurs écoles, exactement comme Monsieur *Scopes* avait le droit d'enseigner des preuves scientifiques qui lui étaient favorables »⁸⁸.

CONCLUSION

Les fondamentalistes ont continuellement essayé de s'adapter à la jurisprudence jugeant inconstitutionnelle l'enseignement de la version biblique de la création en lieu et place de la théorie scientifique de l'évolution dans les écoles publiques. Ils ont forgé des constructions d'apparence scientifique, ont rendu de plus en plus implicite la référence à la religion. Néanmoins, les tribunaux veillent, et ont toujours refusé de s'arrêter à l'apparence des mesures prises en faveur du créationnisme. Ils ont étudié les théories en question, rejetant leur prétention scientifique et prononçant leur caractère religieux. Ils se sont penchés sur les motivations des autorités administratives ayant décidé leur enseignement, et ont souvent conclu que sous le prétexte de compléter l'enseignement scientifique, l'introduction de la religion dans les cours de science était visée. Les juges ont enfin souligné la continuité des efforts fondamentalistes, et en tiennent compte pour dévoiler leurs stratagèmes plus ou moins habiles. Bref, face à ceux qui essayaient de les bernier, les juges ont refusé de fermer les yeux et n'hésitent pas à avoir recours à tous les éléments du contexte pour maintenir l'exigence constitutionnelle de neutralité envers la religion face au cheval de Troie créationniste⁸⁹.

88. *Edwards*, cité, Scalia diss., p. 634.

89. Ce texte est une version largement remaniée et augmentée d'un travail ayant fait l'objet d'une communication au colloque *Justice et religion : regards croisés nouvelles approches* organisé à l'Université d'Avignon en octobre 2008.