

Liberté de conscience et de religion
**Les termes du débat philosophique et juridique anglo-
américain**

**Mémoire à l'intention du Comité d'étude sur le respect des principes de la *Loi sur la
laïcité de l'État* et sur les influences religieuses**

Maxime St-Hilaire
Professeur titulaire à la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

26 mai 2025

Les débats actuels de la philosophie professionnelle au sujet de la liberté de conscience et de religion prolongent ceux de la jurisprudence et de la doctrine juridique américaines. S'il est sans doute inévitable à la philosophie de tendre, par la simplification que lui autorise l'abstraction de la pratique, à appauvrir quelque peu la problématique juridique, en revanche il lui arrive d'en éclairer les enjeux normatifs et ainsi de l'enrichir sur un autre plan, plus théorique. Aussi nous en tiendrons-nous à la restitution « synchronique » du cadre philosophique de l'interprétation de la liberté constitutionnelle de conscience et de religion.

Sur le plan historique, il eût en effet été possible de remonter jusqu'à Cyrus le Grand (vers 600 – 530 AEC), pour ensuite passer successivement par l'*Antigone* (vers 442 AEC) de Sophocle (495 – 406 AEC), Périclès (vers 495 – 429 AEC), les édits attribués à Ashoka (304 – 232 AEC), l'impératif évangélique « Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu », Tertullien (entre 150 et 160 – vers 220), la directive de Milan (313), la Constitution de Médine (estimée avoir été écrite entre 622 et 624), le statut de *dhimmi* qui aurait été créé sous le califat d'Omar ibn al-Khattâb (584 – 644), Genghis Khan (entre 1155 et 1162 – 1227). Cela pour ensuite s'attarder sur la Réforme protestante, la Guerre des paysans allemands (1524 – 1526) et le « *cujus regio ejus religio* » (« tel prince, tel religion ») de Luther (1483 – 1546), puis sur l'Édit de Nantes (1598)¹, la Guerre de Trente ans (1618 – 1648) et la « Paix de Westphalie » (1648, traités d'Osnabrück et de Münster) et sur le geste éminemment moderne de Grotius (1583 – 1645) – qui n'a pas pu connaître la fin de la guerre mais qui a autonomisé la raison de la volonté divine en exposant un droit naturel qui vaudrait « *etsi deus non daretur* » (« même si Dieu n'existait pas »)². La traduction de l'*Institution de la religion chrétienne* de Calvin qu'a supervisée John McNeil attribue au théologien protestant des propos condamnant l'assignation au gouvernement de « *the duty of rightly establishing religion* »³. Or nous n'avons rien trouvé de tel dans le double texte original latin et français, mais des mots allant plutôt en sens contraire et que rend une traduction anglaise antérieure : « *Thus all have confessed that no polity can be successfully established unless piety be its first care, and that those laws are absurd which disregard the rights of God, and consult only for men* »⁴. Il n'aurait fallu négliger ni la bulle *Sublimis Deus* (1537) de Paul III ni le *De Indis* (1539) de Vitoria, qui y a soutenu que

¹ Qui sera révoqué par l'Édit de Fontainebleau en 1685.

² Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, 3 t., Paris, Guillaumin et Cie, 1867, tome 1, p. 10 : « Tout ce que nous venons de dire aurait lieu en quelque manière, quand même on accorderait, ce qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de Dieu, ou s'il y en a un, qu'il ne s'intéresse point aux choses humaines. »

³ Jean Calvin, *Institute of the Christian Religion*, éd. établie par John T. McNeil, 2 vol., Louisville (KY), Westminster John Know Press, 2006, vol. 2, p. 1488.

⁴ Jean Calvin, *Institute of the Christian Religion*, éd. établie par Henry Beveridge, Édimbourg, Calvin Translation Society, 1845-1846, livre IV, chap. 20, § 9.

le droit de prédication ne pouvait être exercé de manière à violer la conscience religieuse des autochtones. Nous aurions enfin pu, comme il est coutume de le faire, associer à la liberté de religion la figure de Locke (1632 – 1704), auteur d'un essai (1667), puis d'une lettre (1689) sur la tolérance⁵, à la veille puis au moment de la Révolution Glorieuse (1688 – 1689), qui fut suivie de l'*Act of Toleration* (1689). Or c'eût été faire l'historique de la *tolérance religieuse*, qui, bien qu'elle puisse nous intéresser à titre de point de comparaison, n'est pas notre sujet. Celui-ci est plutôt la liberté « moderne » de conscience et de religion, qui, bien avant sa réception en droit constitutionnel canadien aux fins de l'interprétation de l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, fut une innovation américaine, conçue dès l'origine comme un dépassement de la « simple » tolérance religieuse à l'anglaise. Ainsi qu'y insiste Micheal McConnell :

*By the time of the American founding, prevailing opinion had moved beyond toleration. When George Mason proposed in 1776 that the Virginia Declaration of Rights provide for 'toleration' of religion, James Madison objected on the ground that 'toleration' implies an act of legislative grace. He successfully moved to substitute the term 'the full and free exercise of [religion]'*⁶.

Ce même auteur évoque également la lettre envoyée en 1790 par George Washington à la congrégation hébraïque de Newport, en Rhode Island, où le premier président de la nouvelle république affirmait que « *[i]t is now no more that toleration is spoken of, as it if was by the indulgence of one class of people, that another enjoyed the exercise of their inherent natural rights* »⁷. L'année précédente, Washington s'était adressé par le même moyen à l'association des Quakers, à qui il écrivait ce qui suit :

*I assure you very explicitly that in my opinion the Conscientious scruples of all men should be treated with great delicacy & tenderness, and it is my wish and desire that the Laws may always be as extensively accomodated to them, as a due regard to the Protection and essential Interests of the Nation may Justify, and permit*⁸.

Le passage de la « simple » à la « pleine » liberté de pratique religieuse sous l'interdiction du pouvoir fédéral d'établir une religion – puisque la « tolérance » à l'anglaise fut pensée dans le cadre d'un régime de religion établie⁹ – se veut égalitaire. La pleine liberté de pratique religieuse serait incompatible avec l'inégalité qu'impliquerait la simple tolérance religieuse, de sorte qu'ici « pleine » s'entend d'« égale ». À cette époque fondatrice, l'établissement d'une religion était pourtant encore permis aux États fédérés, dont une demi-douzaine l'entreprit. Lors de la rédaction de la constitution fédérative américaine, seule la colonie du Connecticut avait une religion établie¹⁰. Cela n'a pas empêché l'établissement d'une religion par des États fédérés. Le dernier État fédéré américain à abolir son établissement d'une religion, en l'occurrence le Puritanisme, fut le Massachusetts, en 1833¹¹. Or l'idée selon laquelle l'État était fondé d'établir une religion

⁵ John Locke, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, trad. Jean Le Clerc, Flammarion, 1992.

⁶ Michael McConnell, « Why Protect Religious Freedom? », *The Yale Law Journal*, vol. 123, no 3, 2013, pp. 770-810, aux pp. 777-778.

⁷ George Washington, « From George Washington to the Hebrew Congregation in Newport, Rhode Island, 18 August 1790 », *Founders Online* : <https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-06-02-0135>

⁸ George Washington, « From George Washington to the Society of Quakers, 13 October 1789 », *Founders Online* : <https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-04-02-0188>

⁹ Michael McConnell, « Why Protect Religious Freedom? », *loc. cit.*, p. 777.

¹⁰ Martha Nussbaum, *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, Basic Books, 2008, p. 84.

¹¹ *Ibid.*, p. 85.

ressortissait aux mêmes principes que la tolérance religieuse qui veut, encore aujourd'hui, l'encadrer de justice. Les fondateurs de la république américaine voyaient plutôt dans de tels principes une forme injuste d'inégalité. Comme veut le préciser encore une fois Michael McConnell, « *[t]he establishment of religion may be consistent with mere toleration, but it is not consistent with the 'full and free exercise of religion' that our founders adopted at the federal level in lieu of toleration* »¹². En effet, le mot célèbre de celui qui passe pour le « père de la constitution », James Madison – mot qui fut d'ailleurs cité dans l'arrêt *Everson*¹³ – a le mérite d'être clair : « *all men are to be considered entering Society on equal conditions* »¹⁴. Selon l'interprétation de Martha Nussbaum, l'intention constituante derrière la disposition de non-établissement – que Madison aurait aimé voir dès l'origine s'appliquer aux États fédérés¹⁵ – aurait été de s'en prendre sinon de prévenir toute hiérarchisation sociale fondée sur l'appartenance religieuse, réelle ou putative, hiérarchisation imputée au modèle anglais de tolérance religieuse¹⁶. La professeure va jusqu'à voir dans ce chapitre fondateur de l'histoire constitutionnelle américaine la réalisation d'une conception encore plus forte de l'idée républicaine de liberté comme « non-domination » que celle qu'on trouve chez Philip Pettit¹⁷. À son sens, « *Americans understood this politics of respect to require close attention to the symbolic realm, to manifestations of rank and hierarchy that construct unequal groups of citizens* »¹⁸. Or, « *[e]ven when liberty is not infringed, establishment creates asymmetries of respect, voice, and fiscal power* »¹⁹. Seule une conception ambitieuse (sans doute trop ambitieuse) de la contribution possible de la constitution et du droit à la réalisation de l'égalité peut sous-tendre, non seulement une telle interprétation du principe de non-établissement en tant que norme juridique, mais encore une telle idée, plus englobante, de « pleine » liberté de pratique religieuse.

De l'histoire intellectuelle, nous voulons évoquer juste ce qu'il faut, sans plus, pour l'intelligence des débats philosophiques actuels sur la liberté « moderne » de conscience et de religion, débats qui tendent à se situer dans le cadre de référence que dessine l'expérience, la réflexion et le droit américains. Encore là, nous ne pouvons pas nous en tenir aux débats constitutionnels fondateurs de la fin 18^e siècle, mais devons rendre brièvement raison de la contribution apportée plus d'un siècle plus tôt, dans ce qui était donc encore la Nouvelle-Angleterre, par le fondateur de la colonie de *Providence Plantations*, qui était appelée à devenir l'État fédéré de Rhode Island. Il s'agit de Roger Williams, dont les travaux des années 1640, parmi lesquels *The Bloudy Tenent of Persecution, for Cause of Conscience, Discussed in a Conference between Truth and Peace* de 1644²⁰, ont préfiguré le contenu de la célèbre lettre de Locke sur la tolérance

¹² Michael McConnell, « Why Protect Religious Freedom? », *loc. cit.*, p. 808.

¹³ *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*, 330 U.S. 1 (1947).

¹⁴ James Madison, « Memorial and Remonstrance against Religious Assessments, [ca. 20 June] 1785 », *Founders Online* : <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0163>

¹⁵ Martha Nussbaum, *op. cit.*, pp. 97-101.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 74 et 90.

¹⁷ *Ibid.*, p. 80.

¹⁸ *Ibid.*, p. 81.

¹⁹ *Ibid.*, p. 86.

²⁰ Roger Williams, *The Bloudy Tenent of Persecution*, in Perry Miller (dir.), *The Complete Writings of Roger Williams*, Russell and Russell, 1963, 7 vol., vol. 3.

religieuse²¹ en même temps qu'ils étaient appelés à s'en distinguer de manière importante, pour mieux anticiper sur le constitutionnalisme de la république américaine en inaugurant, s'il faut en croire Martha Nussbaum, « *the distinctive American approach to religious fairness* »²². Williams aurait le premier forgé l'idée d'une exemption religieuse à l'application de la loi générale et neutre sauf intérêt public impérieux²³, idée que récusera Locke. Même si « *the framers of the Constitution were led to a far more emphatic repudiation of religious establishment than Roger Williams had envisaged* »²⁴, Williams aurait dépassé la simple tolérance religieuse avant même que Locke ne se révélât ne pas pouvoir faire plus que de la défendre, en admettant le principe de l'établissement d'une religion. Cela est déjà remarquable, mais pas pour autant la raison principale pour laquelle il fallait ici convoquer sa mémoire. D'une manière dont nous avons envie de dire qu'elle préfigura l'institutionnalisme inhérent à l'idéalisme objectif et à la pensée de Hegel, ce ministre et théologien puritain fut sensible à la vulnérabilité externe et donc aux conditions *sociales et institutionnelles* de possibilité de la conscience en tant de faculté de la personne humaine. Transmise par le droit romain – et notamment par ce droit des étrangers que fut d'abord le *jus gentium*²⁵ –, puis par la seconde scolastique espagnole²⁶, puis par Grotius²⁷, puis par le jusnaturalisme plus tardif des droits (naturels) de l'homme, la pensée stoïcienne, avec l'idée d'égale dignité humaine qui lui est attribuée, exerça une profonde influence sur la pensée politique et juridique protestante. Or la conception stoïcienne de la conscience y a généralement rencontré une forme de quiétisme, c'est-à-dire une culture de l'indifférence au monde et de l'inactivité extérieure, pourtant plus proche de l'épicurisme. Il en irait autrement de Williams :

*Stoic thinkers (and seventeenth-century thinkers influenced by this aspect of their thought) usually treat the moral core of the person as something rock-hard, something that cannot be damaged by worldly conditions. They therefore have great difficulty drawing any political conclusions at all from their arguments about respect for human dignity. Dignity is so secure within that even slavery and torture cannot affect it: so Stoic writings, beginning from a radical egalitarianism about worth, end up oddly quietistic. Conscience cannot really be coerced: all that power can wrest from it is a kind of insincere assent. Williams, by contrast, sees that conscience is not invulnerable: it can be damaged and crushed, and it needs space to unfold itself*²⁸.

Un tel sens de la vulnérabilité externe de la conscience peut bien sûr avoir milité en faveur du surcroît d'égalitarisme de la tradition américaine par rapport au modèle, anglais, de la tolérance religieuse et ainsi expliquer en partie pourquoi Williams a pensé l'exemption religieuse à l'application de la loi et s'est opposé à l'établissement d'une religion par l'État. Il lui est pourtant irréductible, car cette sensibilité se veut avant tout le soubassement de la protection juridique moderne contre la contrainte religieuse ou autrement conscientielle. Si de nos jours il peut sembler le rappel d'une évidence que d'écrire qu'« [a]

²¹ Martha Nussbaum, *op. cit.*, p. 41.

²² *Ibid.*, p. 69.

²³ *Ibid.*, p. 50.

²⁴ *Ibid.*, 75.

²⁵ Jeremy Waldron, 'Partly Laws Common to All Mankind': *Foreign Law in American Courts*, Yale University Press, 2012 ; Michel Villey, *Formation de la pensée juridique moderne*, Presses universitaires de France, 2003 ; *idem*, *Le droit romain*, Presses universitaires de France, 2012.

²⁶ Marie-France Renoux-Zagamé, « Scolastique (Seconde) », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, 2003, pp. 1398-1401.

²⁷ Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, 3 t., Paris, Guillaumin et Cie, 1867.

²⁸ Martha Nussbaum, *op. cit.*, p. 53.

claim to conscience implies a claim to be allowed to act » plutôt qu'« *a claim for permission to hold internal beliefs about right or wrong, which would need no constitutional protection* »²⁹, c'est peut-être bien à la faveur de Williams.

Au vu des vacillations de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, il est du reste déjà permis de se demander si, avec un égalitarisme aussi fort, fort au point de viser une gamme peut-être infinie d'asymétries sociosymboliques, on n'a pas fini par ambitionner de créer un principe juridique à même une idée purement politique, bref, par entreprendre improbablement de dépasser une conception plus authentiquement juridique de l'égalité. De se poser la question à ce stade de la démonstration, c'est en revenir à notre point de mire, qui est celui des controverses philosophiques actuelles.

*
* *

Une de ces controverses, certes philosophique, mais néanmoins assez bien ancrée dans la connaissance de la jurisprudence sinon de la pratique du droit, porte bien entendu sur **l'exemption religieuse** à la loi générale qui est pourtant non strictement contraignante et qui même se justifie par des raisons neutres. Martha Nussbaum en défend la pratique³⁰, ainsi que Michael McConnell³¹. C'est aussi le cas des auteurs Christopher Eisgruber et Lawrence Sager³², du tandem formé de Charles Taylor et Jocelyn Maclure³³ et, enfin, de Cécile Laborde³⁴. Farouche opposant, non pas de la tolérance religieuse, mais de l'idée selon laquelle la religion mériterait une protection qui lui soit propre, et même de celle d'égalité entre la croyance et la non-croyance religieuses, Brian Leiter se révèle plus favorable à l'exemption religieuse que ne le donne à croire sa récusation générale de l'idée, puisqu'il finit par soutenir plus précisément que « *there should not be exemptions to general laws with neutral purposes, unless those exemptions do not shift burdens or risks onto others* »³⁵. À la différence de celui de l'arrêt qu'a rendu la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Smith* (le « *Peyote Case* »), le propos de ce professeur semble vouloir s'appliquer aux exemptions d'origine législative aussi bien qu'à celles que voudraient accorder les tribunaux en vertu de la liberté constitutionnelle de pratique religieuse. Ardent défenseur de l'égalité entre la croyance (éthique) non théiste ou non religieuse au sens usuel du mot et la croyance (éthique) théiste ou religieuse en ce même sens usuel du mot, Ronald Dworkin, sur la question précise de l'exemption religieuse à l'application de la loi neutre,

²⁹ Mary Anne Waldron, « Putting Conscience Rights in a Box: Can We Take Off the Lid ? », in Dwight Newman, Derek Ross et Brian Bird (dir.), *The Forgotten Fundamental Freedoms of the Charter*, LexisNexis, 2020, pp. 177-212, à la page p. 179.

³⁰ Martha Nussbaum, *op. cit.*, pp. 119-120.

³¹ Michael McConnell, « Accommodation of Religion: An Update and a Response to the Critics », *George Washington Law Review*, vol. 60, 1991, pp. 685-742.

³² Christopher Eisgruber et Lawrence Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, 2010.

³³ Charles Taylor et Jocelyn Maclure, *Secularism and Freedom of Conscience*, Harvard University Press, 2011.

³⁴ Cécile Laborde, *Liberalism's Religion*, Harvard University Press, 2017, pp. 197-238.

³⁵ Brian Leiter, *Why Tolerate Religion?*, Princeton University Press, 2013, p. 4.

en vient à une position voisine sinon équivalente à celle de Brian Leiter. Il nous faudra voir comment Ronald Dworkin, lui aussi, en vient à renoncer à l'idée d'une protection *particulière* (« *special* »), et *très contraignante* pour l'État, de la liberté de religion au profit de la dissolution de celle-ci dans un droit *général*, et *moins contraignant* pour l'État, à l'autonomie éthique individuelle (« *personal ethical independence* »). Car c'est seulement ainsi que se comprend la position de Ronald Dworkin selon laquelle l'État n'a pas à justifier d'un intérêt public dirimant (*compelling state interest*) pour entraver la pratique religieuse au moyen d'une mesure de portée générale, mais seulement de raisons éthiquement neutres, à moins que, sans se traduire par de la discrimination à l'endroit d'une ou de plusieurs autres religions ou croyances non religieuses ni compromettre la poursuite de son objectif, il lui soit possible d'accorder une exemption. C'est seulement ainsi qu'il faut comprendre la caution qu'apporte notre autre auteur à l'arrêt *Smith*, sa critique de la *Religious Freedom Restoration Act* et ses mots suivant lesquels :

*Equal concern requires the legislature to notice whether the activity it proposes to prohibit or burden is regarded by any group as a sacred duty. If any group does, then the legislature must consider whether equal concern for that group requires an exemption or other amelioration. If an exception can be managed with no significant damage to the policy in play, then it might be unreasonable not to grant that exception*³⁶.

On l'aura remarqué, en filigrane du débat sur l'exemption religieuse à l'application de la loi (non contraignante et neutre) se cache la question de savoir **si, aux yeux du droit, la religion a, ou doit avoir, quelque chose de particulier**. Plus exactement, le débat philosophique porte sur la question de **savoir si la « religion » de la liberté de religion est l'objet d'une protection autonome et donc distincte de la liberté de conscience**. Nous l'avons vu, le mot de « conscience » fut près de figurer, en lieu et place de celui de « religion », au *First amendment* à la constitution américaine avant que ses rédacteurs ne se ravisassent, et les arrêts *Seeger* et *Welsh* ne correspondent, ni à la reconnaissance d'une liberté constitutionnelle de conscience distincte de celle de religion, ni à celle d'un droit constitutionnel à l'objection de conscience.

Dans *A Theory of Justice*, John Rawls traite indifféremment de l'obligation morale et de l'obligation religieuse³⁷, ce qui a fait dire à Brian Leiter que l'argument rawlsien de la « position originelle » (fictive) sous « voile d'ignorance » militait à l'encontre de l'idée d'attribuer un statut juridique particulier à la liberté de religion par rapport à celle de conscience³⁸. Or, selon Michael McConnell :

*This is too quick. To be sure, Rawls does not explicitly address whether his thought experiment could be used to evaluate constitutional protections for religion qua religion, but it might. Behind the veil of ignorance, we do not know whether we believe in a supreme authority or not, but if we do, by definition belief in a supreme authority creates obligations superior to all others [...]*³⁹.

Les philosophes et théoriciens se sentent souvent interpellés par la symétrie. Outre Brian Leiter, ce sont encore des auteurs bien plus favorables à la liberté de religion qui soutiennent que celle-ci n'a rien de « spécial ». Christopher Eisgruber et Lawrence Sager sont d'avis que la liberté de religion n'a rien de particulier mais relève d'un principe général

³⁶ Ronald Dworkin, *Religion without God*, Harvard University Press, 2013, p. 136.

³⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 207.

³⁸ Brian Leiter, *Why Tolerate Religion?*, Princeton University Press, 2013, p. 55.

³⁹ Michael McConnell, « Why Protect Religious Freedom? », *loc. cit.*, p. 791.

d'égalité de liberté, si bien que, loin d'être une « anomalie constitutionnelle », la « religion » de la liberté de religion ne devrait pas être tenue pour une « *category of human experience that demands special benefits and / or necessitates special protection* »⁴⁰ ou quelque « *special immunity for religiously motivated conduct* »⁴¹.

Charles Taylor et Jocelyn Maclure, quant à eux, avancent que, sur le plan juridique, la croyance religieuse relève d'une catégorie plus large de « *meaning-giving beliefs and commitments* », qu'ils définissent comme des « *moral beliefs which structure moral identity* »⁴². Pour Cécile Laborde, la liberté de conscience et de religion, sans être réductible à un ou plusieurs autres droits ou libertés, pouvait être décomposée en une pluralité de valeurs et dimensions normatives, certaines relatives au principe de non-établissement, les autres à celui de la libre pratique, de sorte que la religion de la liberté de religion n'est pas la même en vertu de l'un et de l'autre principes. Or chez elle la religion de la liberté de religion n'a rien d'exclusivement religieux, mais d'essentiellement éthique, de sorte que les usages religieux de cette liberté y ont toujours leur pendant areligieux. Plus précisément, notre auteure est d'avis que « *[r]eligious beliefs and activities might be specially protected, but not uniquely so: if and when they are, it is as a subset of a broader category of respect-worthy beliefs and activities* »⁴³.

Est-ce à dire que, aux yeux de ce que Cécile Laborde appelle le « libéralisme égalitariste », la thèse selon laquelle la religion de la liberté de religion n'a rien d'exclusivement religieux doive forcément faire de la liberté de religion un sous-ensemble ou une modalité de mise en œuvre de la liberté de conscience ? Paradoxalement, c'est ce que paraît penser Martha Nussbaum, même si celle-ci se résigne à admettre que, du moins en ce qui a trait à l'exemption d'application de la loi, la croyance et la pratique religieuses demeureront irréductiblement spécialement favorisées par rapport à leurs contreparties areligieuses. L'égalité de religion prendrait ainsi son véritable sens en tant qu'égalité de conscience. L'objet de cette protection constitutionnelle ne serait pas les croyances, convictions et pratiques en elles-mêmes, mais plutôt la faculté individuelle de les avoir et de les suivre⁴⁴. Martha Nussbaum reprend ainsi l'idée de Roger Williams, ce qui la mène à reconduire la conscience à « *the faculty with which each person searches for the ultimate meaning of life* »⁴⁵. La professeure veut admettre que, inspirée de la religion, une telle conception de la conscience soit porteuse d'une asymétrie défavorable à un vaste nombre de non-croyants, tout en suggérant que, aux fins de la disposition des demandes d'exemption à l'application de la loi, il soit possible de « *mitigate the unfairness to nonreligious searchers as much as we possibly can, by extending the account of religion as far as we can, compatibly with administrability* »⁴⁶. Nous verrons comment les limites pratiques auxquelles se heurte la tentative de Martha Nussbaum de faire dériver la liberté de religion de la liberté de conscience semblent – car le problème pourrait être encore plus

⁴⁰ Christopher Eisgruber et Lawrence Sager, *Religious Freedom and the Constitution*, Harvard University Press, 2010, p. 6.

⁴¹ *Ibid.*, p. 13.

⁴² Charles Taylor et Jocelyn Maclure, *op. cit.*, p. 76.

⁴³ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁴ Martha Nussbaum, *op. cit.*, p. 168-169.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 173.

fondamental – être celles de la constitution et de la jurisprudence américaines. Dans l’immédiat, il nous faut indiquer la manière dont, en faisant de la liberté de religion une composante de la liberté de conscience elle-même définie comme liberté d’exercice de la faculté de quête du sens ultime de l’existence, Martha Nussbaum réduit du coup les dimensions normatives de la religion en tant qu’objet de la liberté de religion, et ce d’une manière que n’est pas disposée à admettre Cécile Laborde, selon laquelle « *religion cannot be reduced to conscience* »⁴⁷.

Le contentieux américain relatif à l’exemption religieuse à l’application de la loi générale, neutre et non religieusement contraignante semble receler des enseignements sur les conditions de possibilité d’une liberté constitutionnelle de conscience qui soit autonome et de même statut que celle de religion en paraissant placer le juriste et le philosophe devant l’alternative suivante : ou bien la religion est irréductiblement singulière et mérite une protection particulière, ou bien le fait d’accorder une exemption religieuse à l’application d’une loi neutre est toujours discriminatoire – à cette différence près que pour d’aucuns l’exemption accordée par *législateur* à l’égard de sa propre loi est légitime et a peu à voir avec celle que lui imposent illégitimement les tribunaux. Mais la croyance en une telle alternative est fonction de l’idée selon laquelle la liberté de religion n’est qu’une modalité de la liberté de conscience. La façon dont le débat sur la relation entre la liberté de religion et la liberté de conscience se répercute sur celui sur l’exemption religieuse à l’application de la loi est effectivement la suivante. Si la liberté de religion ne devait, en définitive, être qu’une modalité de mise en œuvre de la liberté de conscience ou de quelque autre catégorie plus large que celle de religion au sens commun du terme, alors, dans la mesure où l’exemption à la loi qui ne contraint pas la conscience et qui est religieusement neutre tout en imposant inéquitablement un « fardeau » à la non-croyance (ou « croyance » areligieuse) est quelque chose de difficilement concevable, il faudrait y voir un signe du fait que l’exemption religieuse à l’application de la loi, pour ne pas pouvoir être étendue à l’exemption consciencieuse, est discriminatoire, arbitraire ou autrement injuste.

Pour Brian Leiter, par exemple, il serait impraticable de faire droit à toutes les demandes d’exemption purement consciencieuses plutôt que religieuses, de sorte qu’il serait arbitraire, et donc injuste, de n’exempter que la pratique religieuse⁴⁸. D’où l’apparente objection de cet auteur à toute exemption, religieuse comme consciencieuse, à la loi non contraignante, dont il n’exige d’ailleurs pas qu’elle soit neutre, du moins dans la mesure où il se dit favorable à la discrimination à l’encontre des croyants en matière d’accès à certains espaces publics⁴⁹. Ce professeur récuse en effet l’idée selon laquelle « *the right posture for the modern state is one of neutrality [toward religion]* »⁵⁰, car selon lui cette posture serait plutôt de désapprobation. En tout état de cause, devant les difficultés pratiques que pose la demande non religieuse d’exemption à l’application de la loi, Brian Leiter, en réalité, finit par envisager que « *perhaps we should simply extend legal protection for liberty of conscience only to claims of conscience that are rooted in communal or group traditions*

⁴⁷ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁸ Brian Leiter, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 122-126.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

and practices that mimic, form an evidential point of view, those of religious groups »⁵¹. Voilà qui, en définitive, mais avec un accent communautariste, le rapproche paradoxalement de Martha Nussbaum, à cette autre différence près qu'il n'admet pas, comme nous l'avons vu, qu'une exemption à la loi puisse se traduire par un coût social. En se rapprochant ainsi de la solution de Martha Nussbaum et de l'idée d'une irréductible singularité de la croyance et de la pratique religieuses par rapport à leurs pendants areligieux, Brian Leiter se rapproche du coup de la jurisprudence américaine, dont Michael McConnell défend la solution de manière assumée⁵².

Si c'est d'une manière que ne suivra assurément pas Cécile Laborde que Michael McConnell adhère à l'idée de la singularité, de l'autonomie et de la primauté de la religion en tant que religion comme objet de protection constitutionnelle, c'est en revanche comme elle le fera qu'il refuse de faire de la liberté de conscience et de celle de religion un sous-ensemble l'une de l'autre. Selon lui, qui répond toutefois ici à la tentative de Brian Leiter de faire de la religion une catégorie de la conscience,

*It would be more precise to see religion and conscience as two overlapping categories, neither fully subsumed within the other. Conscience has to do with convictions about moral right and wrong. Some conscientious convictions have a religious foundation and some do not. Religion is partly about right and wrong, and in that sense overlaps with conscience. But it involves much more than that. Religion typically includes a set of beliefs about the nature of the universe, it prescribes practices that are sometimes more ritualistic than ethical in character (such as taking communion or wearing a yarmulke), and it is embedded in authoritative communities involving texts, stories, institutions, leaders, and tradition. It thus involves much more than conscience, just as conscience comprises more than religion. This is important because much litigation involves religious ritual, ecclesiastical form, and tradition that are not strictly matters of 'conscience' and have no evident secular analogue*⁵³.

Or, selon Cécile Laborde – dont nous savons qu'elle ne pense pas que la croyance ou la pratique religieuses méritent une protection juridique autonome mais que la « religion » de la liberté de religion se décline en une pluralité de dimensions normatives au sein de laquelle la conscience et la religion (au sens non juridique mais plus usuel du terme) sont irréductibles à un sous-ensemble l'une de l'autre –, la réponse à la question de savoir si la religion est « spéciale », « particulière » ou « singulière » ne suffit pas à disposer de celle des conditions auxquelles on devrait pouvoir être exempté de l'application de la loi⁵⁴. De l'exemption de l'application de la loi, Cécile Laborde dit qu'elle peut servir trois principes qui, souligne-t-elle de manière à se distinguer des autres auteurs, n'accordent aucun statut particulier à la religion⁵⁵. C'est donc dire qu'elle récuse l'alternative entre la thèse résignée selon laquelle la religion serait en définitive irréductiblement singulière et méritait une protection autonome, y compris contre la loi neutre et non strictement contraignante, et celle, peut-être trop résolue, selon laquelle, la religion ne pouvant pas être ainsi favorisée, le fait d'accorder une exemption à l'application d'une telle loi serait toujours arbitraire ou autrement injuste. Autrement dit, Cécile Laborde ne croit pas impraticable le traitement symétrique des demandes religieuses et non religieuses d'exemption à l'application de la

⁵¹ *Ibid.*, p. 96.

⁵² Michael McConnell, « The Problem of Singling Out Religion », *DePaul Law Review*, vol. 50, no 1, 2000, pp. 1-47.

⁵³ Michael McConnell, « Why Protect Religious Freedom? », *loc. cit.*, p. 784.

⁵⁴ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 197-238.

loi. Le premier principe qui pourrait présider à une telle exemption est à son avis celui de la liberté négative et de la non-ingérence de l'État dans les conceptions du bien. Ce principe va au-delà de la non-contrainte pour s'étendre à la non-discrimination, mais il semble alors limité à l'exigence d'une neutralité d'objet, de raisons, bref, de justification de la loi, à l'égard aussi bien des simples préférences et projets que des authentiques engagements religieux, éthiques ou identitaires. Est-ce donc à dire que Cécile Laborde envisage l'exemption à la loi non éthiquement neutre, qui chez les juristes tend plutôt à être tenue pour inconstitutionnelle ? Si c'était bien le cas, il serait permis de douter que notre auteure ait démontré que l'exemption non religieuse à loi religieusement neutre fût praticable. Sauf qu'à ce premier principe dont la garantie se limite à celle de la neutralité des raisons de la loi Cécile Laborde en ajoute deux autres, en l'occurrence ceux d'un « souci particulier » pour deux catégories d'engagements dont l'intégrité individuelle dépendrait du respect, les « obligations » et l'« identité », principes qui chez elle trouvent effectivement application nonobstant la neutralité de justification, en cas, respectivement, d'imposition d'un fardeau disproportionné sur l'exécution de l'obligation éthique (religieuse ou non) ou de biais de la majorité ayant pour effet de gêner une minorité religieuse ou culturelle dans la poursuite d'un bien social si elle ne renonce pas à son engagement identitaire. La professeure Laborde admet donc une gamme exceptionnellement large d'exemptions, en l'occurrence éthiques et identitaires, à l'application de la loi pourtant éthiquement et religieusement neutre en même temps que non strictement contraignante. On peut se demander si la philosophe tient suffisamment compte des enseignements de la pratique juridique.

Ainsi que nous l'avons abordé, la solution que propose quant à lui Ronald Dworkin à l'aporie de la liberté constitutionnelle de religion est décidément radicale. Jugeant à la fois, d'une part qu'il est discriminatoire de ne pas étendre la liberté de religion à celle de toute conviction intime au sujet de la valeur et du sens de la vie humaine et des responsabilités qui en découlent, de l'autre qu'il est impossible de le faire, le juriste-philosophe convoque la dissolution de la liberté de religion, comme droit particulier et très contraignant pour l'État, dans un droit général, moins contraignant pour ce dernier, à l'autonomie éthique individuelle. Selon cet auteur, le seul intérêt normatif que peut aujourd'hui valablement protéger la liberté de religion est ce qu'il appelle la capacité de l'individu d'avoir une « attitude religieuse », locution où l'adjectif de « religieux » n'est pas entendu en son sens usuel et qui renvoie, au final, à la compétence éthique de la personne humaine. Pour Ronald Dworkin, toute religion au sens usuel du terme comporte une part théorique ou « scientifique », relative aux faits, et une part éthique, relative aux valeurs. Or la logique imposerait une séparation nette entre ces deux parties et la reconnaissance de leur autonomie, de manière à comprendre que « *the value part does not depend—cannot depend—on any god's existence or history* »⁵⁶. C'est donc de la partie axiologique des religions que relève l'attitude religieuse, mais il serait plus exact de dire que, pour Ronald Dworkin, c'est plutôt la partie axiologique de chaque religion qui participe de l'attitude religieuse, qui est une posture éthique. Car selon l'auteur de *Religion without God* :

The religious attitude accepts the full, independent reality of value. It accepts the objective truth of two central judgments about value. The first holds that human life has objective meaning or importance. [...]

⁵⁶ Ronald Dworkin, *Religion without God*, op. cit., p. 9.

*The second holds that what we call 'nature'—the universe as a whole and in all its parts—is not just a matter of fact but is itself sublime: something of intrinsic value and wonder*⁵⁷.

Cette attitude, qui voit une valeur inhérente aussi bien dans la dimension biographique de la vie humaine que dans sa dimension biologique⁵⁸, comprend donc la conviction que « *each person has an intrinsic and inescapable ethical responsibility to make a success of his life [and] a responsibility [...] to decide for himself ethical questions about which kinds of lives are appropriate and which would be degrading for him* »⁵⁹. La liberté constitutionnelle de religion peut-elle donc coïncider avec un « droit particulier » (*special right*) à toute « attitude religieuse » ? Ronald Dworkin ne le croit pas, mais qu'aucune collectivité politique ne pourrait accepter l'extension des « *special rights and privileges now restricted to conventional religion to all passionately held conviction[s]* »⁶⁰. Ce juriste-philosophe est peut-être mieux éclairé par la pratique juridique que ne l'est Cécile Laborde. Mais doit-on en conclure qu'il est d'avis qu'il faille se résigner au maintien de l'asymétrie et, selon lui, discriminatoire statu quo en droit américain ? Non pas :

*We should consider, instead, abandoning the idea of a special right to religious freedom with its high hurdle of protection and therefore its compelling need for strict limits and careful definition. We should consider instead applying, to the traditional subject matter of that supposed right, only the more general right to ethical independence*⁶¹.

Quelques mots s'imposent donc au sujet de cette manière qu'a Dworkin de distinguer le droit général à l'autonomie éthique des droits particuliers – parmi lesquels figure par exemple la liberté d'expression. À la différence des seconds, le premier ne correspond pas à une réalité du droit constitutionnel positif américain. Dworkin intègre l'éthique et la morale au moyen de deux principes de dignité humaine, le respect de la dimension objective de soi d'une part et la responsabilité d'authenticité de soi et de respecter l'authenticité d'autrui d'autre part⁶². Sa politique est dérivée de sa morale des deux principes de dignité, pour se faire politique d'égalité de souci (« *equal concern* ») et de plein respect (« *full respect* »). Elle se compose de droits (politiques), qui peuvent prendre une forme juridique, lorsqu'ils permettent, exceptionnellement et à la manière d'un « atout », de neutraliser l'action de l'État à son endroit : « [...] *no nation turns all political rights into constitutional rights or even ordinary legal rights [... ; the] legal right is nevertheless itself a political right with the power of a trump [...]* »⁶³. La politique dworkinienne revêt quatre dimensions. La première est le droit à l'égalité⁶⁴, qui met directement en œuvre sur le plan politique les deux principes d'égalité de souci et de plein respect. La deuxième est le droit à la liberté (négative)⁶⁵, qui met en œuvre dans la sphère politique le second principe de dignité, celui de la responsabilité, mais en matière de choix éthiques individuels seulement. La troisième est celle des droits démocratiques (ou du droit à la liberté positive)⁶⁶, puisque ce second principe de dignité qu'est celui de la

⁵⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁵⁸ Voir *ibid.*, p. 11.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 117.

⁶¹ *Ibid.*, p. 132.

⁶² Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2013, chap. 9-11.

⁶³ *Ibid.*, pp. 331-332.

⁶⁴ *Ibid.*, chap. 16.

⁶⁵ *Ibid.*, chap. 17.

⁶⁶ *Ibid.*, chap. 18.

responsabilité éthique individuelle « *does not require independence from government in other matters [than ethical choice]* »⁶⁷. La quatrième et dernière dimension de la politique de Dworkin est le droit (*law*)⁶⁸, qui pour lui demeure, malgré la différence entre le droit qui « est » et celui qui « doit être »⁶⁹, un concept politique « interprétatif », et donc normatif plutôt que théorique (ou « scientifique »), dont la meilleure version y incorpore le reste des principes et droits politiques, moraux et éthiques en tant que principes de sa propre interprétation/justification et y voit ainsi « *a branch, a subdivision, of political morality* »⁷⁰. C'est la deuxième dimension qu'intéresse la question de la liberté de religion ou, plus exactement, celle de savoir si l'intérêt légitime qu'elle vise à protéger doit relever d'un droit particulier, et particulièrement contraignant, ou d'un droit général et moins contraignant, en l'occurrence un droit à l'autonomie éthique individuelle :

*Political liberty has two distinct components. A just state must recognize both a very general right to what we might call 'ethical independence' and also special rights to particular liberties. The first of these components, ethical independence, means that government must never restrict freedom just because it assumes that one way for people to live their lives [...] is intrinsically better than another, not because its consequences are better but because people who live that way are better people. [...] Ethical independence, that is, stops government from restricting freedom only for certain reasons and not for others. Special rights, on the other hand, place much more powerful and general constraints on government[....] requiring from it a compelling justification*⁷¹.

C'est donc ainsi, et seulement ainsi, qu'il faut comprendre le mot de Dworkin selon lequel « *[f]or us, now, dignity provides the only available justification for freedom of religious thought and practice* »⁷².

Or c'est jusqu'à ceux pour qui la religion de la liberté de religion ne se distingue *pas* de la religion au sens commun du terme – qui mériterait en tant que telle une protection juridique particulière et séparée – que se pose une autre question finalement philosophique, celle de savoir **si le droit doit produire sa définition de la « religion »**. En voulant mettre au jour les dimensions normatives plus larges qui sous-tendent la liberté de religion, la professeure Laborde paraît congédier l'idée d'une définition juridique de la religion :

*By suggesting that the category of religion can be dispensed with in political theory, I do not mean to deny that religion is a central, indeed indispensable, category of our ethical, spiritual, and social experience. Nor do I deny that the semantic category of religion is a useful heuristic device in a range of scholarly endeavours. What I do suggest, however, is that the category of religion is less than adequate as a politico-legal category. We can explicate the values implicit in freedom of religion, equality between religions, and neutrality of the state toward religion—to mention just a few of the relevant liberal ideals—without direct recourse to the semantic category of religion at all. What we need, as political and legal theorists, is not a semantic or a descriptive notion of religion but, rather, an interpretive one: We need to articulate the multiple values that particular dimensions of religion realize*⁷³.

Même si le concept juridique de « religion » se devait de dépasser largement le religieux au sens descriptif ou plus usuel du terme pour revêtir la signification d'un intérêt éthique et identitaire dont il s'agit de garantir l'égale protection, on voit mal, en effet, comment le

⁶⁷ *Ibid.*, p. 379.

⁶⁸ *Ibid.*, chap. 19.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 407.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 405.

⁷¹ Ronald Dworkin, *Religion without God*, *op. cit.*, pp. 129-131.

⁷² Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 376.

⁷³ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 2.

juriste pourrait se passer de toute définition de la croyance, de la pratique, de la neutralité ou de l'établissement « religieux ». Cécile Laborde ne dit pas le contraire, mais entend seulement relever la particularité « interprétive » de la définition, en l'occurrence juridique, de la « religion » de la liberté de religion. La méthode est empruntée à Dworkin, même si, en l'espèce, elle produira un résultat différent. À ses termes, c'est-à-dire en tant que concept interprétif, la religion de la liberté de religion est – comme toute question juridique ainsi que le droit lui-même – un sujet dont on ne peut jamais parler sans du tout en dire ce qu'il devrait signifier⁷⁴. Et Dworkin n'est pas sans indiquer comment s'y prendre :

*Ethical judgements are not barely true. We do seek the correct understanding of our two principles [of dignity, that is, self-respect and autonomy], but that means, for us, an understanding of each that finds support in our understanding of the others and that feels right to us. We have to believe each part of mutually supportive system of principles in order to suppose that together they are sound*⁷⁵.

[...]

*We aim, remember, to interpret the two fundamental principles of dignity so that no compromise between the two is necessary; so that each complements and reinforces the other. So we must reject the opinion now popular among political philosophers that liberty and equality are conflicting values. We hope to define equality and liberty together: not only as compatible but as intertwined*⁷⁶.

La définition, authentiquement juridique, de la religion de la liberté de religion ne saurait donc résulter d'un compromis. Si, chez Dworkin du moins, cet exercice définitif intéresse spécifiquement le droit politique à la liberté négative, ce serait une erreur de penser qu'il peut perdre de vue, non seulement les autres dimensions de la politique, mais encore les principes fondamentaux de la morale et de l'éthique.

Le défi demeure considérable, ainsi que l'illustre l'effort définitif de Martha Nussbaum, du moins aux fins de l'explication de l'asymétrie de l'exemption religieuse, et même s'il est méthodologiquement différent :

Typically, analysis proceeds along two fronts: on the one hand, by identifying features that seem plausible criteria of religion; on the other hand, by enumerating the recognized religions of the world. Through a dialogue between these two approaches, the hope is, we can come up with at least a set of plausible criteria that are not too narrow and exclusionary. That religion concerns a person's relationship to God is not a particularly helpful criterion, since it is just not true of many of the recognized religions of the world, such as Buddhism, Confucianism, and Taoism. [...] The idea that religion involves a group and some organized structure of authority is, again, true part of the time, but far from all the time. [...] Some accounts then propose that religion involves very strongly felt commitments, commitments central to a person's life. This is, of course, often true, and yet that subjective account of religion's specialness is both underinclusive—failing to cover many cases of religious membership that are habitual and not particularly emotional, or that involve religions based on ritual practices rather than strong feeling—and overinclusive, surely taking in many people's relationship to their family, their local region, even, in many cases, their house, their money, their car, their sports team. [...] What about the idea that religious requirements are experienced as obligatory and nonoptional? That gets closer, perhaps, but again, it's both underinclusive and overinclusive. It fails to include people who don't experience their religion this way, a serious problem when we include religions that have no structure of authority and no textual source. [...] The other side of this problem is that the category would include people who feel a sense of nonoptional commitment to trivial things, things we don't want to dignify by the protection of religion. [...] A more promising approach focuses on subject matter: religion concerns what one might call ultimate questions, questions of life and death, the meaning of life, life's ethical foundation, and so forth. [...] I think this account makes progress,

⁷⁴ Ronald Dworkin, *Religion without God*, op. cit., p. 7.

⁷⁵ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, op. cit., p. 263.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 331.

*but, to me, it is just a bit too dogmatic. We live in a country in which many people are skeptics, doubting that there is such a thing as the ultimate meaning of life, and where others have dogmatic anti-meaning views. [...] We may get some help, I think, by returning to Roger Williams's idea of conscience. [...] It is the faculty, not its goal, that is the basis of political respect, and thus we can agree to respect the faculty without prejudging the question whether there is a meaning to be found, or what it might be like*⁷⁷.

Nous l'avons vu, Cécile Laborde trouve quant à elle trop restrictive une telle interprétation, non seulement de la liberté de conscience, mais aussi de la liberté de religion. Il n'empêche que, restrictive, la conception que se fait la jurisprudence américaine de la religion de la liberté constitutionnelle de religion l'est encore davantage.

Certes, l'arrêt *Welsh* de 1970 a interprété une notion juridique de « croyance religieuse » de manière à ne la faire dépendre ni de celle en « Dieu » ni même de celle en quelque « être supérieur », de sorte qu'elle peut correspondre à une croyance purement éthique ou morale, pourvu qu'elle soit intimement cultivée (« *deeply held* »)⁷⁸. Mais les dispositions qui étaient porteuses de cette notion n'étaient pas les dispositions religieuses du *First Amendment*. Il s'agissait plutôt de dispositions législatives fédérales relative à l'objection religieuse de conscience à l'encontre du service militaire obligatoire. Ainsi que nous l'avons vu, dans l'arrêt *Yoder* de 1972 la Cour suprême des États-Unis a certes distingué, aux fins de l'interprétation du *First Amendment*, les idées « philosophiques », non seulement des croyances religieuses au sens usuel du terme, mais aussi, par analogie, des croyances éthiques et morales, mais c'était pour relever du même souffle la dimension collective, plutôt que purement individuelle, de la croyance et de la pratique religieuses, par opposition à leur pendant « philosophique »⁷⁹. En définitive, la pratique judiciaire, législative et plus largement juridique ne saurait se dispenser de tout effort définitif, fût-il « ouvert », « interprétif » ou autrement spécifiquement juridique. Car il lui faudra bien les moyens de se s'interroger, suivant le cas... S'il y a tentative d'établissement de la part de l'État, est-ce d'une « religion » ? Si la mesure étatique est porteuse d'inégalité civique, est-ce sur une base « religieuse » ? Si l'État manque de neutralité, est-ce de neutralité « religieuse » ? Si l'État contraint ou grève considérablement une pratique, la croyance qui anime cette pratique est-elle « religieuse » ? Pour ce qui concerne la liberté de pratique religieuse, les tribunaux civils évitent bien entendu de se constituer en tribunaux religieux pour vérifier la sincérité de la croyance religieuse alléguée plutôt que son orthodoxie. Mais, au-delà de la relative subjectivité de son contenu, il est déterminé judiciairement de la sincérité de la croyance en tant que question de fait (un fait pouvant être contesté) et, surtout, encore faut-il que, pour subjective qu'elle soit, la croyance dont la sincérité a été établie puisse être tenue pour « religieuse », serait-ce en un sens purement juridique. Ici se manifeste encore une fois la manière dont la réalité pratique (juridique) peut rattraper les grands principes théoriques (philosophiques), en l'occurrence celui d'une égalité symétrique ou autrement parfaite entre la liberté de religion et celle de conscience. Même si c'est pour soutenir que « *a practical reason of this kind does not dispense with the question of fairness* » – question à laquelle elle répond comme nous venons de le voir par une extension, jugée insuffisante par Cécile Laborde, du concept juridique de « religion » –, Martha Nussbaum ne manque pas de concéder que « *[w]e can easily see a practical*

⁷⁷ Martha Nussbaum, *op. cit.*, pp. 167-169.

⁷⁸ *Welsh v. United States*, 398 US 333 (1970), pp. 342-343.

⁷⁹ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), p. 216.

reason for the status quo: religious reasons are typically reasons that pertain to a group of people, and the genuineness of the claim is therefore relatively easy to assess »⁸⁰.

Dans l'affaire *Hermina Geertruida de Wilde c. Pays-Bas* était en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme le refus de la part de l'administration publique et des juridictions néerlandaises d'accepter, aux fins du renouvellement de son permis de conduire et de sa carte d'identité, une photographie de la requérante prise alors que celle-ci portait une passoire sur la tête, cliché pour l'acception duquel elle invoquait sa liberté de religion ainsi que son droit à la non-discrimination religieuse. Dans son arrêt déboutant la requérante au motif déterminant que le pastafarisme serait « *a movement critical of the influence and privileged position afforded to established religions (Christian denominations in particular) in some contemporary societies [that] seeks to express this criticism by parodying aspects of those religions* »⁸¹, la quatrième section de la cour de Strasbourg a d'abord rappelé qu'aux termes de sa jurisprudence « *the right to freedom of thought, conscience and religion denotes only those views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance* »⁸². Gravité et unité, bref, la religion de la liberté de religion prendrait pour ainsi dire la figure d'une force gravitationnelle.

Souvenons-nous que, pour Ronald Dworkin, les entreprises délimitatrices qui précèdent sont autant d'échecs, soit pour étendre de manière impraticable et inacceptable à l'autonomie éthique individuelle une protection qui s'avère trop contraignante pour l'État, soit pour réserver de manière discriminatoire une telle protection aux seules croyances et pratiques religieuses au sens usuel du terme. Selon ce penseur, dans la recherche interprétive de la définition juridique de la religion de la liberté de religion, « *[w]e must reject any account of the nature or scope of religion that would make a distinct right to religious freedom silly or arbitrary* »⁸³. C'est donc une erreur que de supposer l'existence d'un « *distinct moral right to freedom of choice about religious practice* » et de penser que « *the interpretation of the legal documents should track that distinct moral right* »⁸⁴. Seul un droit politique à l'autonomie éthique individuelle peut aujourd'hui justifier la pratique juridique consistant à protéger la liberté de « religion ». Or la reconnaissance d'un tel droit ne peut continuer d'exiger de la part de l'État qu'il justifie de la nécessité afin de pouvoir restreindre cette autonomie, mais seulement lui imposer la neutralité éthique de ses raisons relativement à la sphère de choix éthiques individuels.

Kirstie McClure, par exemple, s'inquiète du fait que les conceptions actuelles de l'inégalité « *operate to reconstitute as injurious, and hence political, 'facts' which were previously understood as civilly benign* »⁸⁵. Justement, au-delà de la question de l'égalité entre la liberté de religion et celle de conscience, le débat philosophique, à l'instar du jurisprudentiel, s'interroge aussi sur **l'idéal d'égalité juridique entre les cultes**. Car ce sont non seulement des philosophes mais aussi des juges et autres juristes qui osent se

⁸⁰ Martha Nussbaum, *op. cit.*, p. 165.

⁸¹ *De Wilde v. The Netherlands*, Cour EDH, n° 9476/19, 9 novembre 2021, par. 53.

⁸² *Ibid.*, par. 51.

⁸³ Ronald Dworkin, *Religion without God*, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 129.

⁸⁵ Kirstie McClure, « Difference, Diversity, and the Limits of Toleration », *Political Theory*, vol. 18, no 3, 1990, pp. 361-391, à la page 384.

demander si même l'idéal d'égalité juridique inter-religieuse n'est pas, du moins dans ses versions les plus fortes, une chimère. C'est ce que révèle l'état de la jurisprudence américaine relative au rapport de la disposition de non-établissement à la question de la patrimonialisation ou de la « civicisation » des monuments, symboles et pratiques (y compris des prières) publics de signification originellement religieuse⁸⁶. C'est ce que suggère aussi l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lautsi*, où il a été jugé que la présence obligatoire du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes représentait une restriction justifiée de la liberté de religion. Ce n'est pas faute d'avoir relevé que, « en prescrivant la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques – lequel, qu'on lui reconnaisse ou non en sus une valeur symbolique laïque, renvoie indubitablement au christianisme –, la réglementation donn[ait] à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire »⁸⁷ que la cour de Strasbourg a néanmoins conclu que l'État défendeur n'avait pas manqué à ses obligations aux termes de l'article 2 du Protocole no 1, relatif au droit de l'enfant à l'instruction et à celui des parents au respect de leurs convictions philosophiques et religieuses, ou à ceux de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif, entre autres, à la liberté de conscience et de religion. Car qu'il maintint une telle inégalité de visibilité ne suffisait « pas en soi pour caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'État défendeur »⁸⁸.

Les questions qui précèdent retiennent sur celle du **degré d'autonomie dont doivent jouir les associations religieuses**. Ceux qui sont disposés à reconnaître à celles-ci la plus grande autonomie tendent à tenir la religion pour un objet juridique singulier et, ainsi que le fait encore la Cour suprême des États-Unis, à ancrer juridiquement cette autonomie dans les principes de non-établissement et de liberté de pratique, dont ils entendent réactualiser une dimension institutionnelle, tandis que la plupart des auteurs y voient une question relative à la liberté d'association, dont il faut peut-être savoir qu'en droit américain elle a été dérivée de la liberté de réunion pacifique (« *the right of the people peaceably to assemble* ») reconnue au *First Amendment* et qui demeure une liberté individuelle plutôt que de fonder des droits de puissance publique contraignante, y compris sur les membres de l'association⁸⁹. L'un des auteurs de la première catégorie, formée des « *religious institutionalists* », est Victor Muniz-Fraticelli, selon lequel la liberté de religion et d'association religieuse ne peut être réduite à une liberté individuelle, même en étendant celle-ci à l'idée de droits culturels formés de droits individuels « de groupe » – comme chez Will Kymlicka⁹⁰. Pour le professeur Muniz-Fraticelli,

Religious liberty is presented as an individual right, a sub-class of the right to a free individual conscience, while the privileges and exemptions often enjoyed by religious associations – including recognition of the direct claims of authority that they make upon their members – are justified as a necessary or convenient derivation of individual rights of the congregants, either as concessions of the state or as products of

⁸⁶ *American Legion v. American Humanist Association*, 588 U.S. ____ (2019) ; *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565 (2014).

⁸⁷ *Affaire Lautsi et autres c. Italie*, Cour EDH, n° 30814/06, 18 mars 2011, par. 71.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Voir notamment Luke Sheahan, *Why Associations Matter: The Case for First Amendment Pluralism*, University Press of Kansas, 2020.

⁹⁰ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, 1996.

*voluntary agreement amongst members. The model corresponds to a conception of religious freedom grounded on normative individualism that emerges from Enlightenment liberalism and displaces the previously dominant model of freedom of religion – *libertas ecclesiae* or freedom of the church – that was prevalent in the medieval period*⁹¹.

L'individualisation privatisante du religieux à laquelle a contribué énormément la Réforme protestante n'est pas quelque chose dont Victor Muniz-Fraticelli convoque le congédiement en vue d'une réactualisation intégrale de la *libertas ecclesiae*. Au contraire notre auteur se dit-il d'avis que cela « *was a welcome turn, and [...] a definite civilizational achievement* »⁹². C'est plutôt l'éclipse totale de la dimension institutionnelle de la liberté de religion qui le dérange, lui qui écrit que « *[t]he language of divine sovereignty is excluded (with good reason) from the liberal justification of rights in diverse polities, but nothing is substituted for it except the language of individual freedom conscience, an altogether different idea* »⁹³. Le problème serait l'évacuation, sans remplacement, du « *previous collective or corporate strain in the tradition of religious freedom* »⁹⁴.

Mais jusqu'où s'étend la dimension institutionnelle de la liberté de religion chez un institutionnaliste du religieux tel que Victor Muniz-Fraticelli ? Loin, puisque selon le pluralisme radical de ce dernier l'État de droit libéral moderne n'est pas souverain, de sorte que l'autonomie religieuse institutionnelle ne résulterait pas d'une auto-limitation de l'État, mais constituerait une limitation externe de la compétence de celui-ci⁹⁵. Comme ne manque pas de le relever Cécile Laborde, une telle conception emporte la thèse selon laquelle les églises auraient une compétence pour ainsi dire juridictionnelle, puisqu'elles seraient compétentes pour déterminer elles-mêmes, en cas de différend avec l'État, la portée de leur propre autonomie. La professeure de l'université d'Oxford tient une telle thèse pour incompatible avec le libéralisme, même le plus égalitaire qui soit :

*The sovereign state broke with the medievalist conceptions of political authority, which allowed overlapping and at times competing authorities, albeit within an overarching framework of Christian unity. From the Restoration onward, states asserted their sovereignty over those forces—clerical and theocratic—that resisted their ambition to rule of behalf of the whole citizenry. Here the dimension of religion that is targeted by the liberal secular state is the theocratic dimension of religion: the claim by churches to rule not only the private but also the public sphere—to enact coercive rules and norms for society as a whole. Instead, the modern state worked to locate religion within the private sphere of individual conscience, voluntary association, and the family—but the precise contours of the boundary between public and private have been fluid and historically contested*⁹⁶. [...] *But the fact that the state is sovereign does not mean it is a Hobbesian or Schmittian state: it is a mistake to connect modern sovereignty to a purely voluntaristic account of unconstrained sovereignty, as Westphalian sovereignty evolved in a norm-bound, liberal-democratic direction. On the view I defend, a sovereign state has liberal legitimacy only if it pursues a recognizably liberal conception of justice, and does so democratically. That is, sovereignty is internally limited by liberal democratic principles*⁹⁷.

⁹¹ Victor Muniz-Fraticelli, « The Distinctiveness of Religious Liberty », in René Provost (dir.), *Mapping the Legal Boundaries of Belonging: Religion and Multiculturalism from Israel to Canada*, Oxford University Press, 2014, pp. 99-118, à la page 99.

⁹² *Ibid.*, p. 106.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Victor Muniz-Fraticelli, *The Structure of Pluralism*, Oxford University Press, 2014.

⁹⁶ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 164.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 167-168.

C'est selon nous une contribution majeure au débat qu'apporte Cécile Laborde en insistant sur la répartition souveraine, par la constitution de l'État, des compétences entre celui-ci et les églises et cultes, et ce d'une manière qui s'étendra à la question du contrôle judiciaire de l'exercice par les associations religieuses de l'autonomie qui leur est reconnue par le droit public. Pour notre auteure, l'une des prérogatives de l'État moderne que demeure l'État libéral et démocratique est ce que les constitutionnalistes appellent la *Kompetenz-Kompetenz*. C'est-à-dire que « *the liberal democratic state has the competence to decide the respective areas of competence of associations within it* »⁹⁸, cependant que « *[r]eligious associations do not have Kompetenz-Kompetenz: if they were able to unilaterally determine the rights and duties of their members and of other citizens, they would act out of a theocratic, not a democratic, principle of legitimacy* »⁹⁹.

La souveraineté pour ainsi dire « juridictionnelle » de l'État libéral moderne impliquera la primauté de la compétence de contrôle des tribunaux civils et posera la question de la norme de ce contrôle – immunités absolues, immunités relatives ou degré variable de déférence que les tribunaux civils devront accorder à la décision d'instances religieuses –, mais au préalable se posent d'autres questions normatives, dont celle des titulaires – personnes morales ou associations de personnes physiques, société ou associations à but non lucratif ou à but lucratif – et celle du degré que doivent être ceux de l'autonomie des associations religieuses au sein d'un tel État. Ces questions se doublent de celles des droits des membres et des droits des tiers – qui s'entendent évidemment de la question des conflits de droits, avec le droit à la non-discrimination notamment –, questions non seulement matérielles mais aussi formelles, pour porter sur l'équité procédurale.

Cécile Laborde n'admet quant à elle qu'un principe tout relatif d'autonomie associative, qui ne se veut aucunement particulier à la religion, mais ancré dans la liberté générale d'association, dont, encore une fois, elle « désagrége » les dimensions normatives. Ces dimensions correspondent à la protection de deux catégories d'intérêts associatifs : les intérêts dans la cohérence du groupe et les intérêts dans la compétence du groupe – qu'une gamme plus restreinte d'associations pourrait légitimement revendiquer, parmi lesquelles, outre les associations religieuses, les universités et les ordres professionnels. Les intérêts dans la cohérence du groupe existent à deux conditions, la première étant que le groupe soit constitué en association juridiquement formelle et donc volontaire, la seconde, que l'association soit « identitaire » (*identificatory*)¹⁰⁰. Ensuite, le droit à l'exemption de l'interdiction de discrimination qui est relative à l'intérêt de l'association dans sa propre cohérence existe à trois conditions : une correspondance entre le but principal de l'association et la raison principale de l'adhésion de ses membres ; une correspondance entre le but principal de l'association et le public (ou la clientèle) qu'elle entend servir ; une correspondance entre le but principal de l'association et l'acte ou la catégorie d'actes pour laquelle elle sollicite d'être exemptée¹⁰¹. Au sujet, cette fois juridictionnel, de la protection de l'intérêt de l'association dans sa compétence sur ses membres, Cécile Laborde insiste la double limitation de cet intérêt aux questions les plus vitales – telle celle

⁹⁸ *Ibid.*, p. 162.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 170.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 180-184.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 181-187.

de la qualification professionnelle, scientifique ou théologique pour une charge – et sur le fait que sa protection ne peut prendre la forme que d’une déférence des tribunaux civils à l’endroit des instances de l’association, mais non d’une immunité. Car les associations ne sont assurément pas compétentes sur la détermination de leur propre compétence, et les tribunaux civils doivent pouvoir, non seulement vérifier si un motif théologique, par exemple, n’est pas en réalité le masque d’un acte discriminatoire, mais encore contrôler l’équité procédurale des décisions des associations¹⁰². À notre connaissance, la jurisprudence canadienne, encore plus que l’américaine, est à des lieues d’un tel niveau de réflexion.

Si Cécile Laborde devait être dans le vrai en indiquant que « *[t]he radicalism of liberalism [...] lies in the fact that it assumes state sovereignty: the state’s prerogative to decisively fix and enforce the terms of the social contract* »¹⁰³, si bien que « *[t]he move toward liberal neutrality [...] does not dissolve the need to define the sphere where neutrality applies in the first place* »¹⁰⁴, alors se poserait la question des conditions de légitimité de l’exercice de cette compétence constitutionnelle souveraine de l’État. Voilà qui en réalité ramène déjà, pour la remettre en question, à l’une des thèses les plus influentes du libéralisme politique contemporain : celle, rawlsienne, du « consensus par recoupement »¹⁰⁵. La question est donc plus précisément de savoir **si l’égalité de liberté de conscience et de religion fait partie d’un « consensus par recoupement » des diverses éthiques globales (*comprehensive conception of the good*) au sein des sociétés libéralement pluralistes ou s’il s’agit d’un principe de justice qui doit être détaché de ses dernières éthiques**. C’est en suivant John Rawls que Martha Nussbaum veut enseigner qu’il « *would be weird and tyrannical to ask religious people to accept the idea that moral principles are utterly ‘separate’ from their religious principles* »¹⁰⁶. C’est pourtant exactement ce dont Cécile Laborde dit de l’État libéral moderne qu’il est en droit de demander à ses citoyens. Pour cette dernière, en effet, la validité des principes libéraux de justice – dont la liberté de conscience et de religion – n’est pas donnée dans le fait qu’ils seraient capables de se situer à l’intersection de toutes les éthiques globales « raisonnables » à être présentes au sein d’une collectivité politique éthiquement plurielle, mais construite interprétativement sur le fait qu’ils peuvent en être détachés¹⁰⁷. Ainsi conçues, les revendications que fondent les principes libéraux de justice représentent des interprétations argumentées devant être débattues davantage qu’elles n’ont pour objet des droits dont les contours seraient toujours nettement établis. Les principes libéraux de justice ne seraient donc pas des limites strictes au débat démocratique et constitutionnel mais entreraient dans la composition de son objet :

*In circumstances of reasonable disagreement, the state does not act ultra vires when it imposes and enforces a democratically arrived-at solution. On the contrary, it is the only institution with the legitimacy to do so, because it can reliably enforce a scheme of cooperation over time, and because it represents the interests of citizens as citizens*¹⁰⁸.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 190-196.

¹⁰³ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.

¹⁰⁶ Martha Nussbaum, p. 65.

¹⁰⁷ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 168.

Il nous est impossible de déterminer avec certitude si de la sorte Cécile Laborde ne s'en prend qu'à une conception jusnaturaliste des droits et libertés fondamentaux, mais c'est peu probable, déjà parce que ce serait de rater la cible rawlsienne. Le ton est bien davantage waldronien¹⁰⁹, de manière à suggérer que, sur le plan juridique, les implications du propos concernent, non pas tant l'interprétation constitutionnelle, mais les **vertus et vices du constitutionnalisme juridique supra-législatif et, avec lui, du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois**. Autrement dit, les thèses de Cécile Laborde ne peuvent faire autrement que d'intéresser la question du rôle respectif des tribunaux et des législateurs en matière de droits et libertés fondamentaux de la personne¹¹⁰.

*
* *

Si l'on devait se laisser convaincre par Cécile Laborde que « *[t]he liberal state is not—and should not be—neutral toward ‘religion’ or ‘the good’ in general* », mais que « *reflecting on the interpretive values of liberalism allows us to pick out different values associated with religion and the good* »¹¹¹, encore là faudrait-il admettre qu'il est une question cruciale qui n'apparaît qu'en filigrane chez notre auteure qui ne l'aborde pas de front : **le libéralisme doit-il ne se soucier que des menaces venant de l'État ?** La réponse affirmative est celle de la tradition anglo-américaine, tandis que la négative est, comme nous l'avons vu, celle, non seulement du gallicanisme de la tradition française, mais aussi de certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est du reste en se fondant largement sur la jurisprudence de la cour de Strasbourg – qui elle-même peut prendre appui sur l'article 17 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, portant interdiction de l'abus de droit et que nous avons vue – que Farrah Ahmed convoque, au nom de l'autonomie personnelle, la restriction de la protection des croyances et pratiques religieuses dans la lutte contre le prosélytisme de manipulation¹¹².

Le présent mémoire s'est toutefois limité au cadre du libéralisme, dont l'hégémonie est maintenant remise en cause de manière savante, par Adrian Vermeule notamment, selon lequel c'est même la tradition juridique américaine que trahissent les théories libérales, dont la myopie juridique, historique et culturelle les empêche de voir comment cette tradition s'est toujours inscrite dans la tradition juridique classique selon laquelle les « droits et libertés » n'ont toujours eu de valeur qu'au service du bien commun¹¹³.

¹⁰⁹ Jeremy Waldron, *op. cit.*

¹¹⁰ Voir notamment Jeremy Waldron, « The Core of the Case against Judicial Review », in *Political Political Theory*, Harvard University Press, 2016, pp. 195-245 ; Grégoire Webber, Paul Yowell, Richard Ekins, Maris Köpcke, Bradley Miller et Francisco Urbina (dir.), *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge University Press, 2018.

¹¹¹ Cécile Laborde, *op. cit.*, p. 40.

¹¹² Farrah Ahmed, « The Autonomy Rationale for Religious Freedom », *Modern Law Review*, vol. 80, no 2, 2017, pp. 238-262.

¹¹³ Adrian Vermeule, *Common Good Constitutionalism*, Polity, 2022.