

For intérieur et liberté de conscience

Danièle Lochak

▶ **To cite this version:**

Danièle Lochak. For intérieur et liberté de conscience. Le for intérieur, Presses Universitaires de France, pp.180-205, 1994, Publications du CURAPP. hal-01670336

HAL Id: hal-01670336
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01670336

Submitted on 21 Dec 2017

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

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

FOR INTÉRIEUR ET LIBERTÉ DE CONSCIENCE

PAR

Danièle LOCHAK

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre
CURAPP-CNRS

Que la conscience ait quelque chose à voir avec le for intérieur, voilà qui ne fait guère de doute, puisque le for intérieur est défini comme *"le tribunal* [intime] *de la conscience"*. Et Voltaire, dans son *Dictionnaire philosophique*, semble assimiler purement et simplement les deux notions lorsqu'il énonce que *"la conscience, le for intérieur [...] n'a rien de commun avec les lois de l'Etat"*. Les dictionnaires nous disent également ce qu'est la conscience : c'est la *"connaissance intuitive par l'être humain de ce qui est bien et mal, et qui le pousse à porter des jugements de valeur morale sur ses propres actes"*.

Mais la définition généralement retenue de la liberté de conscience — le droit d'adhérer aux convictions de son choix et d'y conformer son attitude — escamote tout ce qui fait à la fois la richesse et la complexité du concept de conscience. Dès qu'on s'efforce d'en cerner plus précisément les contours[1], on est immédiatement confronté à une série de questions — la liberté de conscience n'est-elle qu'un autre nom de la liberté religieuse, ou au contraire un simple avatar de la liberté d'opinion ? Est-elle une liberté du for interne seulement, ou implique-t-elle aussi la protection de l'extériorisation de la conscience ? — qui montrent qu'il importe moins, finalement, d'en définir le contenu que d'essayer d'en saisir la **spécificité** et de poser les termes d'une **problématique**

1. Outre les manuels de libertés publiques, l'ouvrage de référence en la matière est celui de Soler-Couteaux (P.), *La liberté de conscience*, Thèse Strasbourg, 1981, dactyl. Il faut désormais y ajouter celui, plus général, de Lazslo-Fenouillet (D.), *La conscience*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1993.

de la liberté de conscience qui permette de mieux comprendre les transformations récentes de la revendication qu'elle véhicule.

I - SPÉCIFICITÉ DE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE

La liberté de conscience est une revendication moderne, concomitante de la montée de l'individualisme. Elle suppose en effet une représentation de l'individu comme être doté d'une conscience, d'un "for intérieur", capable par conséquent d'opposer les exigences de cette conscience aux obligations qui lui sont imposées en tant que membre de la Cité. Réclamée à l'origine au bénéfice du croyant, la liberté de conscience a ensuite été revendiquée de façon plus générale comme liberté de l'individu. Elle ne se laisse donc pas réduire à la seule liberté religieuse, sans pour autant être purement et simplement assimilable à la liberté d'opinion.

A) La liberté de conscience ne se laisse pas réduire à la liberté religieuse

La liberté de conscience est née sur le terrain de la foi. En posant en principe la distinction du spirituel et du temporel, exprimée par la formule évangélique "*rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu*", la doctrine chrétienne entendait soustraire à l'action du pouvoir le domaine de la conscience, en ne lui laissant autorité que sur les corps. Dans les faits, l'union de l'Eglise catholique et de l'Etat a empêché la reconnaissance de la liberté de conscience, et c'est la Réforme qui a concrétisé les virtualités émancipatrices du christianisme en proclamant à nouveau que si le corps est soumis au pouvoir civil, l'âme doit échapper à son emprise.

Par la suite, la revendication s'est "laïcisée". Ainsi, lorsque Stuart Mill entreprend de délimiter la sphère de la liberté individuelle qui doit demeurer à l'abri de toute ingérence de la société, il y fait figurer en premier lieu "*le domaine du for intérieur, exigeant la liberté de conscience dans le sens le plus étendu du mot, la liberté de pensée et d'inclination, la liberté absolue d'opinions et de sentiments, sur tout sujet pratique, spéculatif, scientifique, moral ou théologique...*"[2] — ce qui va bien au-delà, on le voit, de la liberté religieuse.

Aujourd'hui, si la foi continue à représenter le "noyau dur" de cette conscience dont il convient de protéger la liberté, nul ne songe à restreindre la revendication de la liberté de conscience aux seules croyances religieuses, sauf à prétendre qu'il n'est pas de conscience, et donc pas de moralité hors de la religion. Les obligations morales peuvent découler de convictions philosophiques ou politiques, et pas seulement religieuses, comme le confirme l'examen du droit positif. Ainsi, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit "*la liberté de pensée, de conscience et de religion*", et la

2. *De la liberté*, 1859.

Commission a confirmé, dans une affaire *Pat Arrowsmith c. Royaume-Uni*, qu'en tant qu'une conviction philosophique comme le pacifisme entrait bien dans le domaine d'application de l'article 9[3].

De même, l'objection de conscience à l'accomplissement du service militaire n'a jamais été limitée à ceux qui invoquaient des convictions religieuses, même sous le régime pourtant restrictif de la loi du 22 décembre 1963. Celle-ci ouvrait le statut d'objecteur aux jeunes gens qui se déclaraient *"en raison de leurs convictions religieuses ou philosophiques opposés en toutes circonstances à l'usage personnel des armes"*. Depuis la réforme introduite par la loi du 8 juillet 1983, il leur suffit de se déclarer opposés à l'usage personnel des armes *"pour des motifs de conscience"*, ce qui est une façon de reconnaître que la conscience — et donc la morale individuelle — peut avoir d'autres ressorts que la religion ou même la "philosophie".

Mais on peut aller plus loin et poser que non seulement la liberté de conscience ne se résume pas dans la liberté religieuse mais que celle-ci n'est pas un simple sous-ensemble de la première. Il est possible, en effet, de relever un certain nombre de traits par lesquelles elles se différencient l'une et l'autre.

D'abord, la liberté religieuse met en jeu des croyances, et les croyances ne se laissent pas ramener à des convictions d'ordre moral ou éthique, même si elles peuvent concourir à les engendrer. Comme le relève Jean Rivero, la spécificité du fait religieux découle de ce que l'adhésion comporte non la mise en avant d'une préférence personnelle et subjective, mais la croyance en une réalité considérée comme objective, transcendante et supérieure à toute autre[4].

Ensuite, même si elle est intériorisée par l'individu qui y adhère, la règle dictée par la religion trouve son origine à l'extérieur de l'individu et, dans la mesure où elle est l'émanation d'une institution, elle revêt un aspect collectif que n'a pas la règle simplement morale, qui, elle, constitue de façon beaucoup plus nette l'expression du for intérieur, de la conscience individuelle.

La dimension collective se retrouve également dans ces modes d'extériorisation de la liberté religieuse que sont par excellence le culte et les rites, alors que les impératifs de la conscience non religieuse s'extériorisent essentiellement par des comportements plus individuels.

De façon plus générale, l'adhésion à une même foi engendre une communauté, de telle sorte que la liberté religieuse ne se limite pas à un face à face entre l'individu et la société mais fait intervenir un élément médiateur : le groupe.

---

3. Req. n° 7050/75, Rapport de la Commission adopté le 12 octobre 1978. Sur la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la liberté de conscience, voir notamment Cohen-Jonathan (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, pp. 481-499.

4. *Les libertés publiques*, T. II, PUF, coll. Thémis, 4è éd. 1989, p. 173.

Enfin, le rapport individu-société n'est pas de même nature dans les deux cas : alors que la conscience individuelle est brandie contre l'ordre social dominant dans un rapport d'opposition, l'exercice de la liberté religieuse, au moins dans nos sociétés pluralistes où les religions ont droit de cité, incite plus à la particularisation du groupe au sein de la société globale qu'à la conflictualité.

B) La liberté de conscience n'est pas une forme banale de la liberté d'opinion

Détachée de la liberté religieuse, la liberté de conscience n'est-elle plus alors qu'un avatar de la liberté d'opinion ?

C'est notamment la thèse défendue par Pierre Soler-Couteaux, qui estime que la liberté de conscience est indifférente à la nature des convictions et qu'elle ne se distingue donc pas de la liberté d'opinion, comme l'atteste le fait que le droit positif les soumette au même régime. Il reconnaît cependant que l'opinion, ici, présente une spécificité, qui tient à ce que la croyance religieuse donne au fidèle le sentiment impérieux d'avoir à remplir des devoirs résultant de sa conviction et de conformer son comportement à ce qu'elle exige[5]. Jean Rivero défend une thèse plus nuancée en faisant de la liberté de conscience un des aspects de la liberté d'opinion : la liberté d'opinion consisterait dans la liberté de choisir sa vérité dans quelque domaine que ce soit, et elle prendrait le nom de liberté de conscience lorsqu'elle a pour objet l'attitude de l'homme à l'égard de la morale et de la religion[6].

Ce qui spécifie à notre sens la liberté de conscience par rapport à la liberté d'opinion, c'est justement et d'abord le rapport au for intérieur. Les croyances, les convictions, ne sont pas assimilables aux opinions, elles ont un fondement plus intime, elles engagent plus profondément l'individu dans son rapport au monde. Les opinions, les idées sont — ou du moins peuvent être — plus superficielles, plus conjoncturelles ; elles ont une consonance plus intellectuelle que morale. Alors que la conscience reste liée à un jugement moral, toutes les opinions ne mettent pas en jeu des appréciations morales et n'ont pas cette même dimension normative.

La spécificité des convictions parmi l'ensemble des opinions est confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Campbell et Cosans*, elle a eu l'occasion de préciser que le mot "convictions"[7] n'était pas synonyme des termes "opinions" et "idées" qui figurent à l'article 10 de la

5. Intervention au colloque du 26 novembre 1993 à l'Assemblée nationale sur Les Témoins de Jéhovah, *Les Petites Affiches*, 10 août 1994.

6. *Les libertés publiques*, *op. cit.*

7. En l'espèce, les requérantes alléguaient non pas l'article 9 de la Convention mais l'article 2 du Protocole n° 1 qui oblige les Etats à respecter le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants "*conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques*" ; mais c'est bien néanmoins la liberté de conscience qui était en cause.

Convention protégeant la liberté d'expression. Ce terme, dit la Cour — traduit par *beliefs* dans la version anglaise — s'applique à *"des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance"*. En l'occurrence il s'agissait de l'opposition aux châtiments corporels : la Cour estime que *"ces opinions ont trait à un aspect grave et important de la vie et de la conduite de l'homme : l'intégrité de la personne, la légitimité ou illégitimité d'infliger des punitions corporelles et l'exclusion de l'angoisse que suscite le risque de pareil traitement"*, et qu'elles répondent donc aux critères de la Convention[8].

Or ces distinctions ne sont pas sans conséquences. En effet — et c'est un second élément de différenciation — la liberté de conscience, *"notion de combat"*[9], est bien plus exigeante que la liberté d'opinion, dans la mesure où, comme on le verra, elle implique une *"adhésion de tout l'être, dans son comportement individuel et collectif"*[10] et tend à ériger la conscience de l'individu en norme ultime de sa conduite, qui prévaudra le cas échéant contre la norme sociale.

Les modes d'extériorisation de la liberté d'opinion et de la liberté de conscience ne sont pas non plus de la même nature. L'extériorisation des opinions se fait par la parole ou ses substituts — image, manifestations... —, tandis que les convictions s'extériorisent d'abord dans des comportements, des conduites. La capacité de mettre ses actes en conformité avec ses convictions est même le gage de leur sincérité et de leur authenticité.

Enfin, si — dans une société pluraliste — les opinions et les idées se confrontent au sein de l'espace public de façon plus ou moins égalitaire, la conscience émerge beaucoup plus souvent dans un contexte de conflit, d'opposition face aux normes sociales ou juridiques en vigueur.

On peut tenter de résumer les analyses qui précèdent dans le tableau suivant, qui ne prétend évidemment pas refléter fidèlement une réalité infiniment plus subtile, mais seulement proposer une sorte de figure idéal-typique, forcément grossière, de la liberté de conscience. Ce tableau ne doit pas s'interpréter, en particulier, comme l'affirmation de ce que la liberté de conscience serait radicalement distincte de la liberté d'opinion et de la liberté religieuse, mais seulement qu'elle constitue une dimension spécifique de la liberté d'opinion, et inclut à son tour comme une de ses composantes spécifiques la liberté religieuse.

8. Arrêt du 25 février 1982.

9. L'expression est de Pierre Soler-Couteaux, *op. cit.* p. 13.

10. En ce sens, Langeron (P.), *Liberté de conscience des agents publics et laïcité*, Economica, 1986.

	Liberté d'OPINION	Liberté de CONSCIENCE	Liberté de RELIGION
Objet de la protection revendiquée	Idées	Convictions	Croyances
Emergence dans l'espace public	Confrontation ± égalitaire	Objection, Opposition	Particularisme
Ressort	Politique, intellectuel	Morale, éthique	Religion, foi
Origine et caractère de la norme en jeu	[échappe à toute normativité]	Intériorité et dimension individuelle de la règle	Extériorité et dimension collective de la règle
Forme privilégiée d'extériorisation	Verbe et ses substituts	Comportements individuels	Culte, rites
Rapport individu-société	Individu *dans* la société	Individu *contre* la société	Individu membre d'un *groupe* particularisé au sein de la société

II - PROBLÉMATIQUE DE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE

Quelle que soit la façon dont on aborde la question, la contradiction, le conflit est au cœur de la problématique de la liberté de conscience. Contradiction d'abord entre la dimension purement intérieure, voire intime, de la conscience, et la nécessaire extériorisation de ses exigences. Contradiction ensuite entre la revendication de l'individu qui veut obéir aux exigences de sa conscience et les contraintes résultant de l'appartenance à une collectivité. Contradiction, enfin, potentiellement conflictuelle, entre deux systèmes de normes gouvernant les comportements individuels : celles qui dérivent des exigences de la conscience et celles qui sont imposées de l'extérieur.

A) De l'intériorité de la conscience à l'extériorisation de ses exigences

La conscience est assimilée au for intérieur, au siège des convictions personnelles, morales et éthiques, de l'individu. La liberté de conscience, c'est donc d'abord la liberté de chaque individu d'adhérer aux convictions de son choix, la liberté de croire ce qu'il veut.

C'est cette liberté-là que le protestantisme de la Réforme revendiquait avant toute chose : le droit à une objection de conscience purement interne, le droit de désobéir à l'autorité temporelle non pas par ses actes, mais dans sa

conscience, en son for intérieur. *"L'âme n'est pas soumise au pouvoir de César, il ne peut ni l'instruire, ni la guider, ni la tuer, ni lui donner vie, ni la lier, ni la délier, ni la juger, ni la condamner, ni la retenir, ni l'abandonner... En revanche, il peut le faire pour le corps, les biens et l'honneur ; car cela ressortit à son pouvoir"*[11]. Par conséquent, la désobéissance n'est pas une désobéissance active, politique ; c'est par des mots, "en paroles", et dans son for interne, c'est-à-dire dans sa conscience, que le chrétien désobéit[12].

Mais aujourd'hui, la thèse qui consiste à distinguer entre la liberté d'adhésion à des opinions ou des convictions et la liberté de manifester cette adhésion extérieurement est devenue minoritaire. En effet, dans la mesure où la conscience dicte des comportements et des actions qui soient en accord avec les convictions individuelles, il paraît impossible de réduire la liberté de conscience à la seule liberté du for interne. Une autonomie seulement spirituelle, autonomie du for interne, ne saurait satisfaire les exigences de la conscience. Comme le rappelle Jean Rivero, l'homme n'est pas un pur esprit : sa pensée, lorsqu'elle prend pour objet la vie personnelle et sociale, modèle nécessairement ses comportements et s'extériorise dans des actes, de sorte que la liberté de la pensée n'inclut pas seulement *"la possibilité pour l'homme de choisir ou d'élaborer lui-même les réponses qu'il entend donner à toutes les questions que lui pose la conduite de sa vie personnelle et sociale"*, mais aussi celle *"de conformer à ces réponses ses attitudes et ses actes et de communiquer aux autres ce qu'il tient pour vrai"*[13].

Les textes de droit positif confirment sans ambiguïté que la liberté de conscience inclut le droit d'extérioriser ses convictions et le droit de conformer son attitude à ses convictions. Ainsi, l'affirmation posée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon laquelle *"nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public"*, laisse entendre indirectement mais nécessairement que la liberté d'opinion inclut la liberté d'expression.

L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, rédigé dans les mêmes termes que l'article 18 de la Déclaration universelle, est encore plus explicite : *"Toute personne a le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites"*.

---

11. Luther, *De l'autorité temporelle et dans quelle mesure on lui doit obéissance*, 1523, cité par Mairet (M.), "Le protestantisme et la justification chrétienne du glaive", in *Les idéologies*, T. II, Marabout, 1981, pp. 259-273.

12. Mairet (G.), *loc. cit.*

13. *Op. cit.*, p. 144.

La Commission a eu l'occasion de rappeler que l'article 9 protégeait la sphère du for interne, mais qu'"*en addition il protège*[ait] *les actes qui sont intimement liés à ces attitudes tels que les actes d'adoration ou de dévotion qui sont des aspects de la pratique d'une religion ou croyance sous une forme généralement reconnue*". Elle a en particulier interprété à la lettre les termes de cet article qui garantissent la liberté de manifester sa religion "*individuellement ou collectivement, en public ou en privé*" dans une hypothèse où un instituteur musulman réclamait de pouvoir manifester sa religion en public en se rendant à la mosquée le vendredi. Alors que le gouvernement britannique considérait comme suffisant, au regard des exigences de l'article 9, que l'intéressé ait la possibilité de manifester sa religion en privé, la commission relève au contraire que le droit de manifester sa religion "en public" a toujours été considéré comme une composante essentielle de la liberté de religion[14].

De même, dans l'affaire *Pat Arrowsmith c./Royaume-Uni*, la requérante, pacifiste convaincue, avait distribué un tract dans un camp militaire en vue d'inciter des soldats britanniques à refuser leur affectation en Irlande du Nord et à déserter. Inculpée d'infraction à la loi relative à l'incitation à la désertion, elle alléguait la violation de l'article 9, puisqu'en distribuant des tracts elle mettait en pratique sa conviction. La Commission, tout en estimant qu'en l'espèce le tract allait plus loin que le simple exposé de convictions pacifistes et que l'incitation à la désertion, si elle était inspirée par ces convictions, n'avait pas un lien suffisant avec les idées pacifistes de la requérante pour bénéficier du statut de la liberté de conscience, n'en a pas moins admis le principe selon lequel les pratiques tendant à l'extériorisation des convictions entraient bien dans le champ de protection de l'article 9[15].

Ce qui est vrai, en revanche, c'est que lorsque l'individu extériorise sa conviction en voulant conformer sa conduite à ce que lui dicte sa conscience, la liberté de conscience perd son caractère absolu. En effet, en se projetant vers l'extérieur, la conscience va buter contre des obstacles. C'est pourquoi toute réflexion sur la liberté de conscience conduit à s'interroger sur la façon dont s'articulent les exigences de la conscience et les impératifs de la vie en société.

B) L'articulation de l'individuel et du collectif

La liberté de conscience ne prend tout son sens que comme revendication du droit de penser et d'agir autrement que les autres membres de la collectivi-

14. *X c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981. Voir, sur cette question, Goy (R.), "La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la convention de Rome", *RDP*, 1991, p. 5, et Cohen-Jonathan (G.), *op. cit.*, p. 481 et s. En l'occurrence, toutefois, la Commission a finalement été d'avis qu'il n'y avait pas eu violation de la Convention, la liberté de conscience devant se concilier avec les exigences de l'enseignement .

15. Pour une analyse critique de cet avis qui a donné lieu à des opinions dissidentes, voir Cohen-Jonathan (G.), *op. cit.*, p. 484.

té. Pour se conformer aux exigences de sa conscience, l'individu est alors amené soit à revendiquer une sphère d'autonomie à l'abri des ingérences étatiques, soit, de façon plus radicale, à refuser de se soumettre à la loi commune. Mais l'individu n'est pas toujours seul face à l'Etat : l'accomplissement de la liberté de conscience, notamment pour le croyant, suppose souvent l'adhésion à une communauté qui vient s'interposer entre l'individu et l'Etat, et dont les exigences propres peuvent aboutir à nier à l'égard de ses membres la liberté de conscience qu'ils revendiquent face à l'Etat.

1) Le face à face entre l'individu et l'Etat

On considère généralement que la liberté de conscience implique pour l'individu une double protection : - une protection négative, qui conduit à reconnaître à chaque individu le droit de régler sa vie conformément à ses convictions et à exiger de l'administration une parfaite neutralité à l'égard des croyances et des convictions individuelles ; - une protection positive, qui suppose à l'inverse de tenir compte de ces croyances ou convictions, et qui conduit à réprimer les atteintes à la liberté de conscience quel que soit leur auteur, à concéder des dérogations à des règles impératives, voire à accorder des aides matérielles de façon à permettre à chacun de mieux respecter les exigences de sa conscience.

L'idée que la liberté de conscience n'a pas seulement pour effet de protéger l'individu contre des ingérences arbitraires de l'Etat, mais aussi d'imposer à l'Etat des obligations positives en vue de garantir un respect effectif de cette liberté est confirmée par la jurisprudence de la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme : en souscrivant à la Convention, l'Etat prend l'engagement non seulement de respecter lui-même la liberté de conscience mais aussi de rendre concrètement possible l'exercice individuel ou collectif de la pratique religieuse et de prévenir ou réprimer toute violation de cette liberté[16].

C'est ainsi qu'en France la loi de 1905 prévoit des sanctions contre ceux qui empêchent le libre exercice des cultes ou que la loi du 1er juillet 1972, complétée par le code du travail, prohibe et réprime les comportements discriminatoires motivés par l'appartenance religieuse de ceux qui en sont victimes.

Cette protection "positive" suppose cependant une série d'ajustements souvent délicats car elle entre assez vite en conflit avec les principes de neutralité et d'égalité devant la loi, ou encore avec la liberté d'expression. L'existence dans les législations de certains Etats démocratiques de dispositions réprimant le blasphème illustre bien les ambiguïtés de cette forme de protection de la liberté de conscience. En prétendant assurer à chacun le droit au respect de ses croyances, on n'est pas à l'abri de certaines dérives, comme en témoigne un arrêt récent et très contesté de la Cour européenne des droits de

16. Cohen-Jonathan (G.), *op. cit.*, p. 486.

l'homme, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*[17]. Dans cette affaire, où était alléguée une violation de l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression, la Cour a estimé qu'en ordonnant la saisie et la confiscation d'un film qui constituait une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine — religion de l'immense majorité des Tyroliens —, les juridictions autrichiennes avaient agi pour empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante, et que la mesure n'excédait pas ce qui est nécessaire dans une société démocratique pour la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui.

D'une façon générale, la logique de la liberté de conscience ne peut jamais être poussée jusqu'à son terme. Comme aux autres libertés, des limitations peuvent lui être apportées, conformément au principe énoncé à l'article 9-2 de la Convention européenne : "*La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui*"[18].

Mais surtout, la revendication du droit d'agir selon sa conscience vient se heurter à la nécessité de préserver un certain nombre de valeurs et de comportements communs qui cimentent la solidarité sociale. C'est ce que rappelle un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'éducation sexuelle au Danemark[19]. Se fondant sur l'article 2 du Protocole additionnel qui oblige l'Etat à respecter le droit des parents d'assurer l'éducation des enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques, des parents s'opposaient à ce que leurs enfants reçoivent à l'école l'éducation sexuelle obligatoire prévue par la loi danoise, mais qu'ils jugeaient contraire à leurs convictions de parents chrétiens. La Cour a estimé que si l'éducation sexuelle était susceptible de blesser certaines convictions religieuses, en l'occurrence l'équilibre était respecté entre d'une part le droit de l'Etat de réglementer l'éducation dans l'intérêt de l'enfant, d'autre part l'obligation de respecter le droit des parents.

---

17. Arrêt du 20 septembre 1994, *Rev. univ. des droits de l'homme*, Vol. 6, 1994, n° 12, p. 463. Voir aussi le commentaire de Wachsmann (P.), "La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme", *ibid.* p. 441. Celui-ci rappelle comment, dans une affaire similaire concernant la projection en France du film *Je vous salue, Marie*, le président du TGI de Paris statuant en référé avait, pour rejeter la demande d'interdiction, fait valoir la nécessité de concilier *"la liberté de conscience et le droit de chacun au respect de ses croyances"*, qui implique protection contre tout acte d'intrusion agressive ou de provocation illégitime, avec la liberté d'expression artistique ou littéraire.

18. La commission a ainsi estimé que la protection de la santé publique pouvait justifier l'obligation de porter un casque lorsqu'on conduit une motocyclette, même si la religion prescrit à ses fidèles le port d'un turban, et que les nécessités de la discipline pénitentiaire justifiaient de leur côté le refus d'autoriser un détenu à se laisser pousser une barbiche et à détenir un chapelet. Exemples cités par Cohen-Jonathan (G.), *op. cit.*, p. 492-493.

19. Affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, 7 décembre 1976.

2) La dimension communautaire

Le schéma que l'on vient de décrire se complique lorsque, entre l'individu et l'Etat, vient s'interposer un groupe intermédiaire. La relation de l'individu au groupe revêt en effet ici un aspect contradictoire, voire paradoxal : d'un côté l'adhésion au groupe, à une communauté de foi ou de conviction, peut constituer une modalité d'exercice de la liberté de conscience face à la société globale ; mais en adhérant à cette communauté plus restreinte, l'individu s'expose à voir amputée cette même liberté de conscience lorsqu'il voudra l'exercer face au groupe.

Si l'on considère la relation entre le groupe et l'Etat, la protection de la liberté de conscience débouche sur le même dilemme. La reconnaissance de l'autonomie du groupe, de son droit à l'auto-organisation, est une dimension essentielle de la liberté de conscience de ses membres, mais le maintien de la cohésion idéologique du groupe risque de s'opérer au détriment de la liberté de chaque individu considéré isolément ; à l'inverse, si l'on reconnaît au sein du groupe une liberté de conscience pleine et entière aux individus contestataires, on favorise la dissolution des communautés, et donc on compromet l'exercice de la liberté de conscience des membres de ces communautés. La revendication de la liberté de conscience laisse ainsi sans solution la question de savoir comment organiser la protection de l'individu dissident et des minorités au sein des groupes[20].

Cette contradiction est particulièrement apparente dans les groupes religieux, et en particulier au sein de l'Eglise catholique, dans la mesure où les principes de soumission à la règle commune et d'obéissance hiérarchique réduisent à peu de chose la liberté de conscience des fidèles. Mais on la retrouve aussi dans ce qu'il est convenu d'appeler les "entreprises de tendance", qui sont d'ailleurs souvent des entreprises de tendance... religieuse.

La Commission européenne a admis à plusieurs reprises que les fidèles, et *a fortiori* les ecclésiastiques, ne pouvaient invoquer la liberté de conscience à l'encontre de l'institution à laquelle ils ont librement choisi d'adhérer. Dans une affaire *X c. Danemark*, en particulier[21], elle a rejeté une requête qui critiquait la pratique d'un pasteur de l'Eglise nationale danoise subordonnant le baptême des enfants à la condition que leurs parents suivent cinq leçons d'enseignement religieux. "*Une église est une communauté religieuse organisée, fondée sur une identité ou sur une substantielle similitude de convictions. Grâce aux droits reconnus à ses adhérents par l'article 9, l'Eglise elle-même bénéficie d'une protection dans sa liberté de manifester sa religion, d'organiser et de célébrer son culte, d'enseigner les pratiques et les rites, et elle peut assurer et imposer l'uniformité en ces matières*" déclare la Commission. "*La*

20. Voir Soler-Couteaux (P.), *op. cit.*, p. 297. Voir aussi Koubi (G.), "Droit et religions : dérives ou inconséquences de la logique de conciliation", *RDP*, 1992, 725.

21. Affaire 7374/76, 8 mars 1976. Voir sur ce point l'article précité de Goy (R.), pp. 26-28.

liberté personnelle de pensée, de conscience et de religion s'exerce au moment d'accepter ou de refuser une fonction ecclésiastique et, au cas où ils viendraient à être en désaccord avec les enseignements de l'Eglise, leur droit de quitter celle-ci sauvegarde leur liberté de religion. En d'autres termes, contrairement à l'Etat lui-même envers quiconque relève de sa juridiction, les églises ne sont pas tenues d'assurer la liberté de religion de leurs prêtres et de leurs fidèles".

Une situation analogue se retrouve au sein des "entreprises de tendance", celles dont la raison d'être réside dans la défense ou la promotion d'une cause, d'une doctrine ou d'une ligne idéologique, éthique ou politique[22]. La jurisprudence a admis que le respect par l'employeur de la liberté de pensée des travailleurs[23] comportait dans ce cas des limites. C'est ce qui ressort de l'affaire à rebondissement qui fit grand bruit dans les années 70, *Dame Roy c./Association pour l'éducation populaire Sainte Marthe*, concernant le licenciement par une institution d'enseignement catholique d'une enseignante qui s'était remariée après son divorce. La cour d'appel avait estimé que le cours Sainte-Marthe étant un établissement catholique, il pouvait exiger des maîtres qu'ils mettent en pratique, dans leur propre vie, les principes catholiques tels que l'indissolubilité du mariage. En l'occurrence, *"l'attitude de l'intéressée, eu égard aux engagements auxquels elle était tenue du fait de la convention collective, était en contradiction absolue à la fois avec la doctrine de l'Eglise et la mission d'éducation qui lui était confiée dans l'esprit de l'enseignement libre"*, et son licenciement avait donc une cause réelle et sérieuse[24]. Après avoir, dans un premier temps, cassé l'arrêt de la Cour d'appel, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière a fini par admettre elle aussi la licéité du licenciement, mais en déplaçant le débat du terrain de la liberté de conscience à celui des impératifs de la bonne marche de l'entreprise qui devait conserver son *"caractère propre"*[25].

Elle a de ce fait implicitement rejeté la solution moins radicale que lui proposait son avocat général, fondée sur l'idée d'une obligation de réserve de l'enseignant. Cette obligation de réserve ne consistait pas, selon lui, à respecter strictement tous les articles du dogme de la foi, mais à ne pas contrer, ni dans l'enseignement qu'il dispense, ni ostensiblement dans sa vie privée, la doctrine de l'Eglise, de façon à ne pas créer un trouble qui jette le discrédit sur l'établissement.

---

22. Voir notamment Savatier (J.), "La liberté dans le travail", *Droit social*, 1990, p. 49.

23. Désormais imposé par l'article L. 122-45 du code du travail qui interdit toute discrimination entre les salariés ou tout licenciement fondés sur les opinions politiques ou les convictions religieuses.

24. Cour d'appel de Chambéry, 22 octobre 1970, *D.* 1971, 313.

25. Cass. Ass. plén. 19 mai 1978, *D.* 1978, 541, concl. Schmelck. La Cour de cassation se borne à relever que *"lors de la conclusion du contrat* [entre l'établissement et l'enseignante] *les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et que l'établissement, attaché au principe de l'indissolubilité du mariage, avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de l'entreprise, en lui conservant son caractère propre et sa réputation"*.

Cette notion d'obligation de réserve avait été dégagée peu auparavant par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 novembre 1977. Saisi d'une loi sur l'enseignement privé qui garantissait le respect du caractère propre des établissements d'enseignement sous contrat, et dont il était allégué qu'elle portait atteinte à la liberté de conscience des enseignants, il avait répliqué que *"l'obligation imposée aux maîtres de respecter le caractère propre de l'établissement, si elle leur fait un devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience"*[26]. On remarque que le Conseil constitutionnel, en refusant d'admettre que l'obligation de réserve imposée aux enseignants puisse porter atteinte à leur liberté de conscience, raisonne comme si la liberté de conscience était exclusivement une liberté du for intérieur : autrement dit, la liberté de conscience est intacte aussi longtemps qu'on ne leur demande pas d'adhérer, en leur for intérieur, à l'idéologie qui définit le caractère propre de l'établissement dans lequel ils travaillent, mais qu'on exige simplement d'eux qu'ils ne contredisent pas ostensiblement cette idéologie par leurs actes et leurs comportements. Mais la référence à l'obligation de réserve est ici trompeuse ; en effet, cette obligation imposée traditionnellement aux agents publics se résume habituellement dans une simple obligation d'abstention : ne pas dire, ne pas faire, dire ou faire avec mesure... Or ici le respect du caractère propre ne se limite pas à priver les intéressés du droit d'exprimer leur pensée personnelle lorsque celle-ci pourrait porter atteinte à la conscience des enseignés ; il entraîne pour eux des contraintes positives puisqu'il exige — comme le montre bien l'affaire Dame Roy — qu'ils conforment leurs comportements individuels aux valeurs dont l'établissement se réclame.

Dans des espèces ultérieures, la Cour de cassation a adopté une position plus radicale encore. A propos d'un litige concernant le licenciement d'un enseignant d'une faculté libre de théologie protestante, motivé vraisemblablement par le contenu de l'enseignement dispensé, elle a en effet énoncé de façon générale et apparemment absolue que *"l'article L. 122-45 du code du travail* [qui interdit la prise en compte des opinions politiques et des convictions religieuses par l'employeur] *n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement"*[27]. On ne saurait dénier plus clairement toute liberté de conscience aux salariés par rapport à la ligne de l'institution qui les emploie et à laquelle ils sont tenus d'adhérer sous peine de licenciement.

Poussée à son terme, cette logique risque cependant de conduire à des conséquences difficilement admissibles dans une société laïque, comme le montre l'affaire du sacristain de Saint-Nicolas du Chardonnet, licencié après qu'ait été révélée son homosexualité. La Cour d'appel de Paris avait admis la licéité du licenciement, au motif que la bonne exécution des fonctions confiées

26. *Act. jur. droit adm.*, 1978, 567, note Rivero.

27. Cass. soc. 20 novembre 1986, *Union nationale des associations culturelles de l'Eglise réformée de France c/ Dlle Fisher*, *Droit social*, 1987, 375, note Savatier.

au sacristain *"requérait que l'attitude extérieure* [du salarié] *corresponde aux dispositions intérieures dont elles n'étaient que le reflet"* ; or ce n'était pas le cas en l'espèce puisque *"l'homosexualité est condamnée depuis toujours par l'Eglise catholique avec une fermeté qui ne s'est jamais démentie, pour être radicalement contraire à la loi divine inscrite dans la nature humaine"* [sic][28], de sorte que le salarié avait méconnu les obligations nées de son contrat même si son comportement n'avait aucun caractère notoire.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt, estimant que le licenciement n'aurait été justifié que si le comportement de l'intéressé avait créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[29]. On peut penser qu'elle a été elle-même effrayée par les conséquences d'une application sans nuances de sa propre jurisprudence. Car si cette affaire n'était pas exactement assimilable à la précédente, dans la mesure où le motif du licenciement ne résidait pas dans une opposition doctrinale entre le salarié et son employeur mais dans les mœurs du salarié, c'est bien la non conformité du comportement du salarié aux préceptes de la foi catholique qui était en cause, comme dans l'affaire Dame Roy où la Cour avait finalement admis la licéité du licenciement.

Ces quelques exemples montrent que le membre du groupe formé sur la base d'une communauté de foi ou de conviction est soumis à des contraintes plus fortes que le membre de la société globale ; ils montrent aussi les contradictions dans lesquelles l'Etat — et donc le juge, qui parle ici en son nom — se débat lorsqu'il est sommé de trancher entre la protection de la liberté individuelle et le respect de l'autonomie du groupe.

C) La manifestation d'un conflit de normes

La liberté de conscience est avant tout objection, refus de se plier à des normes jugées contraires aux exigences du for intérieur. Cette dimension à la fois conflictuelle et normative est inhérente à la liberté de conscience qui n'est revendiquée que s'il y a, au moins potentiellement, contradiction entre la norme morale émanant de la conscience et une norme juridique imposée de l'extérieur : norme étatique ou norme institutionnelle. Cet aspect fondamental de la liberté de conscience est relevé par tous les auteurs. *"Conscience et droit ont tous deux pour caractéristique fondamentale de constituer des systèmes normatifs*, écrit par exemple Dominique Laszlo-Fenouillet. *Mais l'une prescrit des normes «à usage interne», elle est destinée à s'auto-gouverner ; l'autre prescrit des normes «à usage externe», il vise à contraindre autrui. [...] De cette opposition fondamentale résultera un combat entre ces deux systèmes normatifs"*[30].

28. C.A. Paris, 30 mars 1990, *Droit ouvrier*, 1990, 296.

29. Cass. soc. 17 avril 1991, *P. c. Association Fraternité Saint Pie X*, *Droit social*, 1991, 485, note Savatier.

30. *Op. cit.*, p. 9.

La liberté de conscience, dit dans le même sens Pierre Soler-Couteaux, est une notion de combat dont la fonction est de faire reculer les espaces de contrainte à l'intérieur desquels la conscience de l'individu est soumise à une norme dont il n'est pas l'auteur[31]. Invoquer la liberté de conscience, ou tout simplement sa conscience, comme dans les expressions "en conscience", "clause de conscience", "objection de conscience", c'est indiquer que l'on entend refuser de se soumettre à une norme pourtant obligatoire édictée par l'Etat.

Lorsque le droit impose une obligation ou édicte une interdiction qui va à l'encontre du comportement dicté par la conscience, le respect de la liberté de conscience oblige à imaginer des modalités d'articulation entre les exigences du droit étatique et celles de la conscience. Cette articulation est d'autant plus délicate à réaliser que la liberté de conscience, on l'a dit, ne se résume pas à la liberté de conviction, de pensée, mais implique aussi le droit de conformer son comportement à ses convictions, aux normes morales qu'on s'est fixées ou auxquelles on adhère. Or si, dans une société démocratique, l'Etat peut et doit admettre le pluralisme des convictions individuelles qui relèvent du for intérieur, il n'en va pas de même des comportements dès lors qu'ils risquent de remettre en cause certaines règles qui régissent la vie en collectivité et reflètent l'adhésion de la majorité de la population à des valeurs communes.

L'articulation entre les deux systèmes de norme peut revêtir trois formes idéal-typiques : il peut tout d'abord y avoir silence ou abstention du droit dans des domaines qui restent alors régis par la seule conscience individuelle ; il peut y avoir ensuite acceptation de dérogations à des règles normalement impératives ; il peut y avoir enfin mobilisation active du droit pour la défense de la liberté de conscience[32].

- La première hypothèse ne pose à vrai dire guère de problèmes puisqu'elle exclut toute potentialité de conflit. La seule question intéressante serait de faire l'inventaire des domaines que le droit n'investit pas et de s'interroger — au-delà du constat banal de l'extension de l'intervention étatique — sur la signification du rétrécissement progressif des sphères d'autonomie laissées vierges de toute emprise normative de l'Etat.

- Plus intéressantes sont les hypothèses où l'exercice de la liberté de conscience conduit à revendiquer, et le cas échéant à obtenir des dérogations à

31. Thèse précitée, p. 13.

32. Nous nous inspirons ici, avec des nuances, de la présentation suggestive de Dominique Laszlo-Fenouillet *(op. cit.* p. 73-75). Dans une perspective au demeurant assez différente de celle qui est ici la nôtre, elle est conduite à distinguer les hypothèses où l'autonomie de conscience est reconnue par principe et résulte du désengagement du droit d'un domaine entier ainsi livré à la seule conscience, et les hypothèses où le droit accepte la concession de certaines faveurs en dispensant exceptionnellement d'obéir à une norme en principe obligatoire — ce qu'elle appelle les *"objections de conscience"*. Mais l'intervention active du droit pour garantir la liberté de conscience n'est examinée qu'en tant que technique de protection de l'autonomie de conscience et pas comme mode d'articulation spécifique des exigences éventuellement contradictoires des normes de conscience et des normes étatiques.

des règles normalement impératives — hypothèses qui illustrent pleinement le fait que la notion d'objection est au cœur de la liberté de conscience.

Ces hypothèses, où l'on consentira à écarter l'application d'une règle de droit en raison de la difficulté morale qu'éprouve un individu à s'y soumettre, sont à vrai dire rares, car elles vont à l'encontre du principe bien établi qui veut qu'un individu ne puisse s'affranchir de ses obligations juridiques en invoquant un impératif de conscience[33]. Le droit doit assurer une certaine sécurité, une certaine harmonie sociale, précisément en obligeant les membres de la société à respecter des règles communes ; dans la mesure où, de surcroît, le droit reflète des valeurs et tend à la réalisation d'objectifs considérés majoritairement comme légitimes, on ne peut accepter que chaque individu se soustraie à l'application des règles générales au nom de sa propre conception du bien.

A partir du moment où, de surcroît, l'on est dans un système de dérogation, l'Etat réclamera le droit de s'assurer que les exigences de la conscience sont suffisamment authentiques et sincères pour justifier une entorse à la règle de droit. La longue marche vers la reconnaissance de l'objection de conscience en France, les obstacles mis à l'octroi du statut d'objecteur, et aujourd'hui encore l'obligation pour l'objecteur d'accomplir un service plus long, viennent rappeler le soupçon qui pèse sur celui qui invoque la liberté de conscience de poursuivre en réalité sa fantaisie individuelle.

Des possibilités de dérogation à des règles impératives sont néanmoins prévues explicitement par les textes : outre l'objection de conscience à l'accomplissement du service militaire désormais reconnue par la quasi-totalité des pays démocratiques, on peut citer la dispense édictée par la loi de 1975 au profit des médecins qui refusent, pour des motifs de conscience, de pratiquer des interruptions volontaires de grossesse, ou encore la clause de conscience des journalistes, qui leur permet de démissionner tout en bénéficiant d'indemnités de licenciement en cas de "*changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique si ce changement crée, pour la personne employée une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux*"[34].

33. "*Pas d'objection de conscience sans texte*", résume Dominique Laszlo-Fenouillet, qui rappelle que la responsabilité d'un individu transgressant une obligation juridique pour satisfaire à un impératif de conscience ne disparaît pas du fait du mobile de cette transgression, et cela qu'on se situe sur le terrain du droit pénal ou sur celui du droit civil. En droit pénal, l'infraction existe du seul fait que l'agent a su et voulu accomplir l'acte illicite, quel que soit le scrupule de conscience ayant motivé la violation de la loi pénale. Le même principe prévaut en droit civil, où l'on n'a par exemple pas admis que le vœu de chasteté puisse excuser le refus des rapports conjugaux (*op. cit.*, pp. 162 et s.).

34. Introduite dans la législation en 1935, elle est actuellement régie par l'article L. 761-7 du code du travail.

- Le droit peut aussi contenir des dispositions destinées à protéger ou faciliter l'exercice de la liberté de conscience. On a mentionné plus haut les sanctions prévues à l'encontre de ceux qui entravent le libre exercice du culte ou qui opèrent des discriminations fondées sur les opinions ou l'appartenance religieuse. La réglementation des aumôneries offre de son côté une bonne illustration de mesures positives prévues pour rendre effective la liberté du culte. La loi du 9 décembre 1905 admettait déjà la prise en charge par l'Etat des dépenses relatives aux services d'aumônerie *"destinées à assurer le libre service des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons"*. Sur le fondement de la loi du 31 décembre 1959, qui impose à l'Etat de prendre *"toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse"*, le décret d'application du 22 avril 1960 prévoit la création d'aumôneries dans les établissements publics d'enseignement lorsque les parents en font la demande.

La mobilisation du droit pour garantir la liberté de conscience peut aussi se réaliser par le biais de mesures tendant à adapter le droit étatique pour le rendre compatible avec les contraintes de la pratique religieuse. C'est ainsi que la loi Jules Ferry du 28 mars 1882 créant l'école laïque, gratuite et obligatoire, encore en vigueur, dispose que *"les écoles primaire publiques vaqueront un jour par semaine en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants l'instruction religieuse en dehors des édifices scolaires"*. Il y a bien là une prise en considération de l'ordre juridique catholique et de ses contraintes — l'obligation pour les enfants de suivre le catéchisme — et un aménagement corrélatif du droit étatique.

- Lorsque entre la norme morale purement individuelle et la norme étatique vient s'interposer la règle institutionnelle, on voit s'ajouter aux modes d'ajustement décrits plus haut — l'ignorance du droit étatique, la dérogation, la mobilisation — un mode spécifique de collaboration entre l'ordre juridique étatique et l'ordre institutionnel.

On trouve un exemple de cette collaboration assez ambiguë dans la situation des aumôniers, à la fois agents publics et représentants de leur église : l'administration ne peut nommer un aumônier qu'après avoir consulté les autorités religieuses compétentes, et elle doit mettre fin à ses fonctions lorsque les autorités religieuses dont il relève lui retirent son habilitation[35], ce qui veut dire que l'ordre étatique se plie aux exigences de l'ordre confessionnel.

Il en va de même de l'affectation des églises : ici, en effet, la règle est que l'attribution d'un édifice religieux consacré au culte doit se conformer aux règles générales d'organisation de ce culte, et qu'il convient donc de respecter l'affectation décidée par la hiérarchie ecclésiastique. Cette règle ancienne et constante appliquée par les tribunaux a été réaffirmée dans des affaires

35. C.E. 17 octobre 1980, *Sieur Pont*, éclairé par les conclusions du commissaire du gouvernement Labetoulle, *Act. jur. droit adm.*, 1981, p. 256.

récentes, qu'il s'agisse de l'occupation de l'église Saint-Nicolas du Chardonnet par les intégristes, ou de conflits locaux moins connus[36]. Dans tous les cas, elle aboutit à entériner purement et simplement la règle institutionnelle : sans doute est-ce formellement l'autorité civile qui décide de l'attribution de l'église ; mais le fond de la décision est bel et bien dicté par les règles en vigueur dans la sphère institutionnelle.

Alors que les deux premières hypothèses traduisent le postulat selon lequel la liberté de conscience est d'autant mieux assurée qu'est affaiblie l'emprise des normes étatiques, les deux autres correspondent à un modèle différent dans lequel le droit n'est plus seulement considéré comme un obstacle à la liberté de conscience mais comme son garant.

III - LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET "POST-MODERNITÉ"

Revendication de l'âge moderne, la liberté de conscience subit aujourd'hui des transformations liées — si l'on veut bien accepter l'expression – à l'entrée dans la "post-modernité". Là où *"la logique de la vie politique, productive, morale, scolaire... consistait à plonger l'individu dans des règles uniformes, à noyer les particularités dans une loi homogène et universelle"*[37], l'accent est plus volontiers mis désormais sur le respect des différences et des singularités subjectives. Sans qu'on puisse véritablement parler de rupture, on n'en constate pas moins une tendance à pousser jusqu'à leur point ultime les virtualités déjà contenues dans la revendication de la liberté de conscience, et cette conscience plus extravertie, plus conquérante, plus intransigeante, consonne avec les nouvelles caractéristiques de la société post-moderne.

A) Une conscience plus extravertie : la question des signes "ostentatoires"

La conscience est de plus en plus tournée vers le monde extérieur et l'espace public. L'individu ne revendique plus seulement le droit de conformer sa conduite à ce que lui dicte sa conscience ; il entend afficher à la fois ses convictions et son appartenance à une communauté. Malgré, ou peut-être en réaction à la sécularisation des sociétés industrielles, le retour du religieux s'effectue sur un mode ostentatoire. Et cette évolution imprègne aussi les textes juridiques : il n'est que de comparer la rédaction de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme avec celle des instruments internationaux postérieurs à

36. Cour d'appel de Paris, 13 juillet 1977, et Cass. civ. 17 octobre 1977, *Abbé Coache et autres c/ Abbé Bellego et autres.* ; T.A. Nantes, 2 juin 1977, *Association Saint Pie V de l'Ouest, Act. jur. droit adm.*, 1977, p. 632, note F. Moderne ; T.A. Amiens, 16 septembre 1986, *M. Labille c/ Commune de Villeneuve Saint-Germain, Rev. fr. de droit adm.*, 1987, p. 758, concl. A. Leducq.

37. Voir par exemple Lipovetsky (G.), *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*, 1983.

la seconde guerre mondiale — Convention européenne des droits de l'homme, Convention sur les droits de l'enfant... — pour constater l'importance accordée aux manifestations extérieures de la religion. L'affaire du foulard est significative de cette évolution et de la complexité des situations qu'elle engendre.

Entre mille autres choses, l'affaire dite du foulard est venue rappeler que la manifestation d'une conviction — en l'occurrence religieuse — n'a plus pour seul vecteur l'expression verbale ou le rite, mais aussi le vêtement et plus généralement le port de signes extérieurs, et qu'inversement ces signes extérieurs ne sont pas seulement une modalité d'exercice de la liberté religieuse, mais aussi une façon de manifester l'adhésion à une doctrine ou l'appartenance à une communauté.

C'est dans cette perspective qu'il paraît intéressant de revenir un instant sur cette affaire. On se rappelle que, interrogé sur le point de savoir si le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse était ou non compatible avec le principe de laïcité, le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 1989, avait formulé son avis dans les termes suivants : "*Le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais [...] cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande* [etc.]"[38].

Mais n'y a-t-il pas quelque contradiction à n'accepter le port d'un signe que s'il ne revêt pas un caractère "ostentatoire ou revendicatif" ? Outre qu'on risque d'avoir du mal à discerner le moment à partir duquel un signe devient "revendicatif" ou constitue un acte de "prosélytisme", sauf à tenir compte d'un contexte extérieur au signe lui-même, tel que le comportement de celui ou celle qui l'arbore[39], le signe n'a-t-il pas précisément pour vocation de montrer, d'attirer l'attention, donc — précisément – d'être ostentatoire ? Le signe est là pour "signifier", pour exprimer, pour manifester quelque chose. L'ostentation n'est-elle pas inhérente à la notion même de "signe" ? "*Quel est le «signe», support d'une manifestation extérieure de la pensée et de la volonté, qui pourrait en effet ne pas être du tout «ostentatoire», et le «signe d'appartenance» qui parviendrait à n'être aucunement «revendicatif» ?* " interroge à juste titre Olivier Cayla[40]. "*Comment,* poursuit-il, *éviter que l'acte même consistant à*

38. "Le principe de laïcité et les signes d'appartenance à une communauté religieuse", *Act. jur. droit adm.*, 1990, p. 39, note J.-P. C.

39. Voir notamment en ce sens le commentaire de Rivero (J.), "Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse", *Rev. fr. de droit adm.*, 1990, p. 1.

40. Olivier Cayla, note sous TA Versailles, 14 avril 1992, *Mlle Braza, Rev. trim. du ressort de la cour d'appel de Versailles*, n° 28-29, avril-septembre 1993, p. 89.

arborer un signe, qui est dans son fond un acte indéniablement dialogique d'interpellation d'autrui pour lui faire valoir une qualité dont on a la fierté de se prévaloir, ne revienne à inciter l'interlocuteur à en faire autant, ou sinon à justifier sa réticence, et ne se ramène par conséquent de quelque façon à un «acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande»?"

Cette ambiguïté qu'on croit pouvoir déceler dans l'avis du Conseil d'Etat est significative du malaise de l'Etat face à l'extériorisation de la conscience : obligé de l'admettre jusqu'à un certain point en tant que composante de la liberté de conscience, il s'efforce en même temps de la contenir dans certaines limites, ce qui aboutit à une formule de compromis qui porte en elle-même sa propre contradiction : oui aux signes, à condition qu'ils ne soient pas ostentatoires. Et qu'ils ne constituent pas des actes de prosélytisme. Or au moment même où le Conseil d'Etat rejetait le prosélytisme, cette fois sans la moindre ambiguïté, du côté des manifestations illégitimes de la liberté religieuse, était pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme une affaire dans laquelle celle-ci allait finalement conclure de façon bien plus nuancée.

B) Une conscience plus conquérante : la question du prosélytisme

Dans l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, rendu le 25 mai 1993[41], la Cour a décidé qu'une condamnation pénale pour prosélytisme prononcée contre un Témoin de Jéhovah constituait une violation de l'article 9 de la Convention. La Cour rappelle que si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique de surcroît la liberté de manifester sa religion, de témoigner en paroles et en actes de ses convictions religieuses, et qu'elle comporte aussi en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un "enseignement" ; sans quoi, relève-t-elle, la liberté de changer de religion ou de conviction risquerait de demeurer lettre morte. Mais la Cour ne reprend pas entièrement à son compte l'argumentation du requérant, qui alléguait que l'incrimination du prosélytisme par le code pénal grec était en soi attentatoire à la liberté religieuse. Pour condamner la Grèce, elle se fonde sur le fait que la condamnation de l'intéressé ne se justifiait pas dans les circonstances de l'espèce par un besoin social impérieux, et que la mesure incriminée n'apparaissait donc pas proportionnée au but légitime poursuivi ni nécessaire dans une société démocratique à la protection des droits et libertés d'autrui.

La décision, rendue par six voix contre trois, a donné lieu à la rédaction de plusieurs opinions dissidentes ou séparées, ce qui montre bien la difficulté de la question posée à la Cour. Pour certains juges, la législation pénale grecque était en soi contraire à l'article 9 parce que le prosélytisme fait partie intégrante de la liberté de conscience et de religion : le croyant, comme le philosophe agnostique, doit pouvoir communiquer sa foi et sa conviction, exposer ses convictions, tenter de les faire partager et même tenter de convertir son

41. *Rev. univ. des droits de l'homme*, Vol. 5, n° 7-8, 1993, p. 251.

interlocuteur, aussi longtemps qu'il n'utilise pas la coercition ou des moyens déloyaux, notamment pour abuser des mineurs ou des incapables majeurs. D'autres juges arrivaient à la même conclusion mais pour des raisons opposées : s'en tenant à une conception traditionnelle de la neutralité étatique, ils estimaient que les Etats ne peuvent, sans violer la liberté de conscience, ériger en infraction pénale la tentative d'inciter quelqu'un à changer de religion, pour la simple raison que ceux-ci n'ont à se préoccuper ni de ce que quelqu'un envisage de changer de religion, ni de ce que quelqu'un tente d'inciter autrui à changer de religion. D'autres, enfin, critiquant la solution donnée à l'affaire, soutenaient que la liberté de manifester sa religion n'inclut pas la liberté de d'influencer les esprits par une propagande active et souvent abusive et de tenter avec insistance de combattre et de modifier la religion d'autrui.

Là encore, la difficulté d'aboutir à une position uniforme sur la question du prosélytisme est significative des incertitudes sur ce que doit être la position de l'Etat face à des consciences de plus en plus conquérantes et revendicatives.

C) Une conscience plus exigeante : la question du droit à la différence

Dans une société qui a tendance à valoriser de plus en plus les différences[42], la liberté de conscience devient elle-même le support de nouvelles revendications centrées sur le droit à la différence qui s'expriment à la fois par une demande d'autonomie accrue du groupe au sein de la société globale et de dérogations plus systématiques à la règle commune. On a le sentiment que ce n'est plus la conscience qui doit se frayer une place contre les normes dominantes, mais que ce sont les normes qui doivent s'adapter à la diversité des consciences.

1) La revendication d'un espace d'autonomie accru

On a déjà rencontré plus haut des exemples de la revendication des groupes à une plus grande autonomie normative, aboutissant à faire prévaloir la norme institutionnelle sur celle édictée par l'Etat.

Le fameux "caractère propre" des établissements d'enseignement privé constitue une de ces formes d'expression du droit à la différence. Cette revendication n'avait pas lieu d'être aussi longtemps que l'enseignement privé vivait hors de la sphère étatique. A partir du moment où l'Etat, parce qu'il les subventionne, entend aussi contrôler ces établissements, la revendication prend tout son sens. Et l'Etat, en inscrivant dans la loi le respect de ce caractère propre, non seulement accède à cette revendication, mais en accepte aussi les implications, c'est-à-dire les restrictions à la liberté de conscience individuelle des enseignants.

---

42. "*Nous vivons une révolution des revendications, toutes les catégories de la société présentent désormais des revendications de droits spécifiques au nom du groupe plutôt qu'au nom de l'individu*", constate Gilles Lipovetski (*op. cit.*, p. 147).

Cette reconnaissance d'une sphère d'autonomie au profit des groupes se manifeste aussi dans la jurisprudence sur les entreprises de tendance, dont la Cour de cassation a explicitement admis, on l'a vu, qu'elles échappaient à l'application de la règle énoncée à l'article L. 122-45 du code du travail. Plus significative encore est la façon dont la Cour d'appel de Paris a résolu un litige qui opposait l'exploitant d'un restaurant cacher à son surveillant rituel[43]. La Cour n'a pas seulement jugé qu'en tant qu'entreprise de tendance le restaurant pouvait, pour recruter ses salariés et les maintenir dans leur emploi, se fonder sur leur appartenance religieuse et sur l'observance des rites et pratiques qui en découlent ; elle a réglé le litige à la lumière des préceptes de la religion juive. En effet, pour annuler le licenciement prononcé contre le surveillant rituel, motivé par le fait qu'il s'était absenté vingt-cinq jours à la suite d'un deuil familial au lieu des trois jours admis par le droit français, la Cour d'appel a relevé qu'à partir du moment où l'employeur avait donné au restaurant qu'il exploitait un caractère spécifique fondé sur une stricte observance de la loi juive, il devait admettre que l'absence de vingt-cinq jours était légitimement justifiée par les obligations religieuses du deuil. Le licenciement était donc dépourvu de cause réelle et sérieuse car *"les relations contractuelles... supposaient un attachement égal des parties à la loi juive et le souci réciproque de l'appliquer sans restriction au-delà du cadre étroit et limité de la mission du surveillant rituel"*.

Cette prééminence des prescriptions religieuses que le juge accepte de faire prévaloir sur les normes du droit étatique est en même temps un signe de l'acceptation de plus en plus fréquente des dérogations à la règle commune justifiées par le respect de la liberté de conscience.

2) La revendication de nouvelles dérogations à la règle commune

On a vu plus haut l'extrême réticence avec laquelle l'ordre juridique étatique concède des dérogations à ses propres règles. On constate aujourd'hui que, soumis à l'assaut des exigences nouvelles de la conscience, le "droit commun" peut de moins en moins subsister sans accepter ces dérogations, le plus souvent consenties au profit d'individus appartenant à des confessions minoritaires.

Toutes les institutions — et les institutions confessionnelles à un degré supérieur — sécrètent des règles spécifiques qui s'imposent à leurs membres. Il peut donc y avoir contradiction entre leur ordre juridique propre et le droit étatique, et il arrive un moment où l'individu ne peut respecter le premier sans se mettre en infraction au regard du second, ou inversement. Poussée jusqu'à son terme, l'ignorance du droit de l'institution aboutirait par conséquent à léser la liberté de conscience, d'où la revendication de dérogations aux règles en principe obligatoires du droit étatique.

---

43. CA Paris, 25 mai 1990, *Brami c. Arbib*, *D.* 1990, 596. L'affaire est longuement commentée par Geneviève Koubi dans son étude intitulée "Droit et religions : dérives ou inconséquences de la logique de conciliation", *RDP*, 1992, 725.

Le problème de l'articulation entre les exigences religieuses et celles du fonctionnement de la société globale se pose avec une acuité particulière dans le cas des religions minoritaires[44]. Le respect de la liberté de conscience peut par exemple amener à autoriser les membres du groupe minoritaire à ne pas se plier aux prescriptions du droit étatique : on leur concède, sur un point précis, une dérogation à la règle générale. Ainsi la réglementation de l'abattage des animaux de boucherie, tout en imposant l'obligation de l'étourdissement des animaux avant la mise à mort, prévoit une série d'exceptions au rang desquelles figure l'abattage rituel. De même les personnes de confession juive ou musulmane pourront-elles demander à s'absenter le jour des fêtes religieuses, mais cette fois sur la base de dérogations accordées ponctuellement. Le sort variable réservé à ces demandes reflète bien les hésitations qu'elles engendrent.

Les obligations religieuses ne triompheront que rarement, par exemple, des obligations professionnelles. La Commission européenne des droits de l'homme, dans une affaire *X c. Royaume-Uni* qui opposait un instituteur musulman au gouvernement britannique, a finalement donné raison à celui-ci contre le requérant qui prétendait pouvoir se rendre à la mosquée le vendredi à l'heure des classes, estimant que, compte tenu des exigences du système éducatif, il n'y avait pas eu violation de la liberté de religion[45].

En France, le problème des autorisations d'absence accordées aux fonctionnaires pour participer à des fêtes ou cérémonies religieuses ne figurant pas dans le calendrier légal des jours chômés est lui aussi emblématique des réticences auxquelles se heurte la revendication de dérogations à la loi commune[46]. A vrai dire, la question est moins intéressante par le contenu des réponses qui lui sont apportées que par la méthode utilisée pour tenter de la résoudre et leur évolution dans le temps. Pendant longtemps, les instructions concernant les autorisations d'absence ne faisaient aucune mention des absences pour motif religieux. C'est à la suite de la décolonisation que les responsables de la fonction publique ont dû prendre en compte l'afflux de fonctionnaires de diverses confessions qui avaient été habitués, lorsqu'ils étaient en poste outre-mer, à s'absenter pour participer à des cérémonies religieuses. Une circulaire du 4 septembre 1963 a ainsi rappelé aux chefs de service la faculté d'accorder des autorisations d'absence pour de tels motifs, mais comme prolongation des tolérances antérieures : "*Certains fonctionnaires peuvent éprouver le désir légitime de participer à des fêtes ou des cérémonies religieuses qui ne sont pas inscrites dans le calendrier des fêtes chômées... Il*

---

44. Sur ce point, voir Lochak (D.), "Les ambiguïtés du principe de séparation", in *Les religions en face du droit, Actes* n° 79/80, avril 1992. Cet article est une version abrégée et centrée sur les institutions religieuses d'une étude plus générale consacrée à l'articulation des ordres juridiques institutionnels avec l'ordre juridique étatique : "Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences", in *Les minorités et leurs droits depuis 1789* (collectif), L'Harmattan, 1989, pp. 111-185.

45. Décision du 12 mars 1981. Pour un commentaire de cette affaire, voir Goy (R.), article précité.

46. Nous nous référons ici à l'étude de Koubi (G.), "Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires", *Rev. adm.*, 1987, p. 133.

appartient [aux chefs de service] *d'accorder, pour ces motifs, aux fonctionnaires qui pouvaient user de cette faculté outre-mer, les autorisations d'absence pour convenance personnelle que les fonctionnaires peuvent solliciter dans le courant de l'année*". Quatre ans plus tard, la circulaire ayant le même objet ne contient plus cette restriction, mais elle subordonne l'octroi des autorisations d'absence à la condition que cette absence "*demeure compatible avec le fonctionnement normal du service*". Il s'agit donc d'une tolérance, d'une faveur, plus que d'un véritable droit, puisque l'autorisation doit être demandée et n'est accordée que si elle ne nuit pas au fonctionnement normal du service.

Les "fêtes principales" propres à chaque confession, dont les dates sont fixées à la suite d'une entente préalable entre les autorités centrales et les chefs de chaque communauté, sont précisées chaque année par des instructions ministérielles. Les fonctionnaires qui demandent à bénéficier d'autorisations d'absence ne sont pas tenus de faire la preuve de leur appartenance à telle ou telle confession, ils n'ont pas à faire état de l'intensité de leurs convictions ou de leur foi ; mais ils doivent faire état du motif confessionnel invoqué à l'appui de leur demande. Le chef de service, de son côté, doit s'assurer de l'exactitude du motif invoqué. Et c'est ici que la contradiction éclate : car comment peut-il juger de la foi d'un de ses agents, comment peut-il vérifier son appartenance à la communauté dont il se réclame ? et que dire du fonctionnaire qu'on oblige à se distinguer, à revendiquer ouvertement son appartenance à la communauté minoritaire ? On touche ici aux limites des possibilités de conciliation entre la neutralité de l'Etat et le respect de la liberté de conscience, entre le droit de taire ses convictions et celui de s'y conformer.

Tout récemment, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la question de l'obligation ou non pour l'Etat de consentir des dérogations à l'obligation scolaire en autorisant l'absence des élèves pour le shabbat. Le commissaire du gouvernement proposait d'ériger en principe le refus de telles autorisations d'absence, de crainte d'aboutir à une "*école à la carte où chacun, selon ses convictions, choisirait ses disciplines et ses horaires de présence*". Dans son arrêt, rendu le 14 avril 1995, le Conseil d'Etat a opté pour une solution de conciliation, en n'excluant pas la possibilité pour des lycéens juifs pratiquants d'obtenir des autorisations d'absence le samedi ou les jours de fête religieuse, mais à condition que ces dérogations restent compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes aux études et le respect de l'ordre public dans l'établissement.

Même si l'on juge la solution opportune, il ne faut pas se cacher qu'en refusant d'opter pour une solution radicale — dans un sens ou dans l'autre — on légitime l'immixtion de l'Etat dans ce qui relevait traditionnellement du for intérieur, puisqu'on lui confie le soin de décider à chaque fois si l'obligation dictée par la conscience est suffisamment forte pour justifier une dérogation à la règle commune.

*

Traditionnellement, le respect de la liberté de conscience était conçu comme impliquant la neutralité de l'Etat, l'indifférence à toutes les convictions, à toutes les croyances. On considérait que la liberté de conscience résultait du désengagement de l'Etat à l'égard de la morale et de la religion, de sa neutralité. L'Etat devait se contenter de laisser chacun libre de vivre conformément à ses convictions, en les ignorant.

Telle était en particulier la conception traditionnelle de la laïcité. La laïcité, principe de tolérance, était en même temps un principe d'indifférence : indifférence de l'Etat aux croyances individuelles, qui ne doivent entraîner aucune discrimination entre les citoyens, indifférence également aux institutions confessionnelles, que l'Etat devait ignorer et dans les affaires desquelles il n'avait pas à intervenir, en vertu du principe de séparation des Eglises et de l'Etat.

Mais à partir du moment où la revendication de la liberté de conscience se mue en revendication d'un véritable droit à la différence, du droit de vivre selon ses convictions qui deviennent opposables à l'Etat, celui-ci ne peut plus ignorer les consciences. Non sans se heurter à de fortes résistances, une nouvelle conception de la laïcité, plus respectueuse du pluralisme, se fait jour et s'impose peu à peu[47].

Parallèlement, en s'échappant du for intérieur pour s'exhiber sur la scène publique, la conscience oblige l'Etat à s'ingérer dans une sphère d'où la revendication de la liberté de conscience avait eu initialement pour but de le chasser. L'Etat est sommé d'intervenir pour protéger activement et finalement gérer les différences qui réclament le droit de s'épanouir, pour arbitrer les conflits entre des consciences qui s'affrontent.

Comment, dans ces conditions, penser la neutralité de l'Etat, et celle-ci a-t-elle encore un sens ? Si elle en a un, la neutralité ne peut plus se définir comme une simple abstention, une obligation de neutralisation des croyances, mais comme l'obligation de faire coexister pacifiquement toutes les consciences et leur expression contradictoire : tâche d'autant plus délicate que l'extériorisation croissante des exigences de la conscience engendrent des conflits potentiellement plus nombreux et violents, comme l'a montré l'affaire du foulard.

47. Sur cette question si longuement et âprement discutée, justement à la suite de l'affaire du foulard, on nous pardonnera de ne pas citer une bibliographie très — trop — abondante. Notons seulement comme particulièrement significative l'évolution d'une organisation comme la *Ligue de l'enseignement*, qui s'efforce depuis quelques années de promouvoir l'idée d'une "laïcité plurielle". Voir par exemple le numéro de la revue *Pourquoi ?*, n° 149, décembre 1989, intitulé *Une laïcité pour l'an 2000*.

A partir de là d'autres questions s'enchaînent. Jusqu'où peut aller l'Etat dans la reconnaissance de l'autonomie reconnue aux consciences et du droit à la "différence" ? Peut-on se satisfaire d'un système politique qui se donnerait *"pour seule finalité de gérer le relatif induit par la pluralité"* et s'interdirait de produire lui-même des valeurs spécifiques ?[48] Et si la réponse est non, quelles sont les valeurs fondamentales sur lesquelles l'Etat démocratique et libéral ne peut transiger, et qui détient le pouvoir légitime de les identifier ?

On voit jusqu'où peut entraîner la réflexion sur le for intérieur...

48. C'est la question que pose Patrick Michel dans *Politique et religion. La grande mutation*, Albin-Michel, 1994, p. 14.