

ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES (101)

Institut de recherches Carré de Malberg (IRCM)

THÈSE présentée par :

Léa SPIESS

soutenue le : **6 janvier 2023**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/S spécialité : **Droit public**

La neutralité de l'État en question

THÈSE dirigée par :

M. MAULIN Éric

Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Mme PEYROUX-SISSOKO Marie-Odile

Professeur, Université de Bourgogne Franche-Comté

M. VALENTIN Vincent

Professeur, Sciences Po Rennes

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. RITLENG Dominique

Professeur, Université de Strasbourg

Mme ROMAN Diane

Professeure, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs ».

À ma fille, lumière de ma vie

Remerciements

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à mon merveilleux mari, pour sa patience et son soutien indéfectible au cours de ces longues années.

Je remercie mon directeur de thèse pour ses précieux conseils et sa bienveillance. Je tiens à lui faire part de ma profonde gratitude pour sa présence et sa compassion dans les derniers mois.

Je souhaite également remercier l'ensemble des membres du jury qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire mon travail.

En dépit de la solitude accompagnant tout travail de thèse, j'ai eu la chance, au sein de l'IRCM et d'autres centres de recherches, de rencontrer des personnes formidables, qui ont donné des couleurs à ces années : Nicolas, Cécile, Yann, Damla, Aude, Guillaume, Anthony, Marion, Morgane et François. Je remercie tout particulièrement Nicolas, pour son aide dans la relecture, mais aussi pour son amitié et sa bienveillance.

Je remercie également les membres de la Fédération de recherche « L'Europe en mutation », et en particulier Jocelyne et Aurélie, pour leur accompagnement et leur gentillesse.

Je remercie ma mère, mon éternel pilier, de n'avoir jamais douté de moi. Je n'oublie pas le reste de mes proches, qui, de près ou de loin, et sans toujours comprendre la nature de mon travail, m'ont entourée dans les moments de doute, et dans les moments de joie : Papa, Maxime, Margaux, Victor, Margot, Maeva, Charlotte, Marie, Gauthier, Fanny-Clara, Juliette, Anne-Sophie, David L., David B., Carole, Patricia, Jean-Paul et Estelle.

Enfin, et surtout, je remercie mon collègue, mais néanmoins ami, Romain Place, sans qui je ne serais probablement pas venue à bout de ce travail. Pour sa présence du tout premier au tout dernier jour, pour tous les problèmes informatiques et difficultés administratives résolus, pour tous les cafés du matin, pour toutes les discussions et fous rires, pour toutes ses recommandations, pour son aide, pour sa relecture bienveillante, et, bien sûr, pour son amitié, je lui adresse mon éternelle gratitude.

Principales abréviations

AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
CAA	Cour administrative d'appel
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
DA	Droit Administratif
HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
JCP G	La Semaine juridique — édition générale
JO Ass. nat.	Journal Officiel « Débats » de l'Assemblée nationale
JO Sénat	Journal Officiel « Débats » du Sénat
OIT	Organisation Internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations Unies
RDLF	Revue des Droits et Libertés Fondamentaux
RDSS	Revue de Droit Sanitaire et Social
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD Eur.	Revue Trimestrielle de Droit Européen

Sommaire

PARTIE I — Naissance et défense de l'idéal controversé de neutralité de l'État

TITRE 1 — L'idéal de neutralité de l'État en réponse imparfaite à la Modernité

CHAPITRE 1 — Les fondements nécessaires à la réflexion sur le principe de neutralité de l'État

CHAPITRE 2 — Le concept de neutralité de l'État

TITRE 2 — La mise en pratique de la neutralité par abstention

CHAPITRE 1 — La mise en œuvre libérale de la neutralité par abstention

CHAPITRE 2 — La laïcité ou la mise en œuvre de la neutralité par abstention

PARTIE II — Le renouveau de la question de la neutralité : de la neutralité-indifférence à la neutralité-reconnaissance

TITRE 1 — Les critiques contemporaines de la neutralité par abstention

CHAPITRE 1 — L'insuffisance de la neutralité par abstention

CHAPITRE 2 — De la critique de la neutralité-indifférence à la promotion de la neutralité-reconnaissance

TITRE 2 — Corriger l'universel : la reconnaissance des différences au service de la neutralité

CHAPITRE 1 — La mutation du principe de neutralité dans la pratique des États libéraux contemporains

CHAPITRE 2 — L'approfondissement du principe de neutralité de l'État

INTRODUCTION

« Prions l'autorité de rester dans ses limites ; qu'elle se borne à être juste, nous nous chargerons d'être heureux. »

Benjamin Constant¹

I. PRESENTATION DU SUJET

1. Les États libéraux contemporains sont caractérisés par une pluralité de convictions philosophico-religieuses, de croyances, de cultures et de modes de vie. L'hétérogénéité des populations a été largement accentuée aux XX^e et XXI^e siècles en raison des flux migratoires et de la mondialisation, et a pour conséquence une très grande diversité sur différents plans : religieux, culturel, philosophique, moral, économique. Les modes de vie, les rites, les pratiques religieuses, les conceptions du bien sont pluriels. Ce « pluralisme moral »² est source de nombreux désaccords, et le fait que ces diverses conceptions du bien soient parfois inconciliables est un fait acquis chez les penseurs du libéralisme politique. Cette double observation – la pluralité des conceptions du bien et leur caractère difficilement conciliable – est au point de départ de l'idée de neutralité de l'État.

2. Les premières traces de l'idée de neutralité de l'État se retrouvent dans le concept de tolérance religieuse : l'État moderne, aux XVI^e et XVII^e siècles, avait alors trouvé dans les politiques de tolérance une solution aux guerres idéologiques qui ébranlaient l'Europe. Ces désaccords relatifs aux conceptions du bien étaient principalement, à l'origine, des conflits religieux. Cette hétérogénéité des croyances, et, plus précisément, cette divergence d'opinions sur l'interprétation de la volonté divine et de ses conséquences, a par la suite évolué. En effet, les désaccords ont progressivement dépassé la question religieuse et sont aujourd'hui tout aussi variés que le sont les croyances et les modes de vie. Ainsi, entrent dans le débat public des

¹ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Paris, Berg international, 2014, p. 46.

² I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, coll. « Liberté de l'esprit », n° 72, Paris, Calmann-Lévy, 1988, chap. III. Deux conceptions de la liberté.

démocraties contemporaines toutes les questions relatives, par exemple, au rôle de l'État dans l'économie, à la bioéthique, à la laïcité, à la place de la morale à l'école, aux rites culturels, à l'enseignement de l'histoire, etc. Cette diversité de conceptions du bien représente donc, pour l'État contemporain, un défi similaire, sinon plus important, à celui que représentait la diversité religieuse aux XVI^e et XVII^e siècles. Fondés sur les Droits de l'Homme et sur un socle de principes visant à assurer la cohésion sociale – rôle appartenant auparavant à la religion – et, ainsi, le maintien de l'État, les États contemporains proposent différentes approches concernant la gestion de l'hétérogénéité de leurs populations. Dans les démocraties libérales et multiculturelles³, les débats publics relatifs aux questions du Bien sont autant de sujets épineux qui mettent en exergue la difficulté pour l'État contemporain de trouver un équilibre entre un socle de valeurs communes et le respect de toutes les conceptions du bien, et ainsi « d'assurer la cohérence et la convivialité entre une pluralité de convictions de ce qui constitue la bonne vie »⁴. Les grands débats sociétaux sont autant de preuves que, partout, la morale et les mœurs s'immiscent dans le débat public, et interrogent sur les limites à l'intervention de l'État dans un contexte qui n'est remis en question par aucun courant de pensée contemporain : le fait pluraliste. La croyance qui dominait depuis l'Antiquité, selon laquelle il n'y avait qu'une seule conception rationnelle du bien, et que celle-ci devait ainsi être symbolisée et mise en œuvre par l'État, a été remise en cause par la pensée libérale à partir de la pensée de J. Locke. L'affirmation selon laquelle il existe une pluralité de conceptions rationnelles du bien n'a plus été remise en cause dès l'entrée dans la modernité.

3. En réponse philosophique à ce constat empirique de la pluralité et de l'hétérogénéité des conceptions du bien, l'histoire des idées a vu de nombreuses théories s'édifier. Les premières théories relatives à la prise en compte du fait pluraliste sont apparues sur le sujet de la diversité religieuse aux XVII^e et XVIII^e siècles. Ces premières théories sont au fondement de l'idée de neutralité de l'État, qui découle de la nécessité pour les États modernes de faire cesser les conflits idéologiques. Ces théories – celles de la tolérance civile – sont concomitantes à l'affirmation de la souveraineté de l'État et à ses conséquences : les politiques de tolérance, qui enclenchèrent le processus de sécularisation. Les racines du principe de neutralité de l'État

³ Le terme ici utilisé de sociétés « multiculturelles » est employé au sens sociologique, c'est-à-dire pour évoquer une société qui est caractérisée par son hétérogénéité ethnique, culturelle et religieuse, ce qui n'implique pas nécessairement que cette société se conçoive elle-même comme étant multiculturelle. La grande majorité des démocraties libérales sont, en ce sens, multiculturelles.

⁴ J.-M. WOEHRLING, « Les limites du principe juridique de neutralité de l'État en matière religieuse », in S. AKGÖNÜL (dir.), *Laïcité en débat : Principes et représentations en France et en Turquie*, coll. « Société, droit et religion », Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 149.

se trouvent ainsi dans la théorisation de la souveraineté et les manifestations de celles-ci à travers une politique étatique qui, sans être encore neutre, a construit les bases de l'État moderne en organisant la coexistence pacifique d'individus aux croyances différentes. Les interventions de l'État souverain visant à maintenir l'unité de l'État et à garantir la paix civile ont mené, au fil des siècles, à la neutralité religieuse de l'État. Ainsi, l'exigence de neutralité de l'État est, avant tout, le fruit de la primauté de la paix civile sur l'interprétation de la volonté divine. Cette idée de neutralité s'est ensuite étendue, comme l'explique J.-M. Woehrling, au-delà de la seule sphère religieuse :

« La revendication d'un État neutre a progressivement été étendue de la religion à d'autres domaines : l'État doit être neutre politiquement, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être contrôlé par un parti ou un courant politique déterminé ; il doit offrir un cadre constitutionnel ouvert, dans lequel, à travers les élections, les différentes options politiques présentes sur son territoire peuvent se concurrencer et se succéder dans des conditions ouvertes. L'État doit être neutre économiquement : il ne doit pas adhérer à une doctrine économique exclusive qui lui imposerait une seule forme de politique économique ; il doit constituer un cadre adéquat pour le développement tant de tendances économiques libérales qu'interventionnistes. L'État doit être neutre du point de vue des mœurs et de la morale : il ne doit pas promouvoir une morale particulière ; il doit s'abstenir à préconiser des choix sexuels déterminés, etc. On constate ainsi une tendance, plus ou moins marquée selon les sociétés, plus ou moins consciente, de dépouillement du contenu idéologique de l'État dans le sens d'une neutralité générale, dans le cadre de laquelle l'État serait seulement une structure garante de certaines règles procédurales. C'est l'idée de la démocratie procédurale : la seule fonction de l'État est de fixer des règles du jeu et de veiller à leur respect, de garantir que le dialogue soit préféré au conflit, de s'assurer du respect d'un ordre public minimal en conservant le monopole de la violence. Toutes les autres valeurs concernant la définition de la bonne vie relèveraient du choix libre et individuel des citoyens et ne devraient pas être influencées par l'État. »⁵

Cette extension de la neutralité religieuse à une neutralité plus « globale » de l'État n'est pas sans difficulté. Si, dans la philosophie politique et la théorie de l'État, cette neutralité vis-à-vis du Bien a été théorisée dans les années 1970, son application par la pratique des démocraties contemporaines est sujette à confusions et à controverses, ce qui rend les exigences relatives à la neutralité difficile à appréhender. En septembre 2012, le philosophe H. Pena-Ruiz a déclaré au journal *La Croix*, au sujet de la proposition de dispenser une « morale laïque » à

⁵ *Ibid.*, pp. 144-145.

l'école, que « l'État n'a pas à professer de morale athée » et qu'« on pourrait se demander si la neutralité ne lui interdit pas de diffuser quelque morale que ce soit »⁶. En 2015, la ministre de l'Éducation nationale déclarait au contraire que « l'école a une fonction morale »⁷. Sur ce sujet, le philosophe R. Ogien affirmait également, conformément à sa vision d'une éthique minimale⁸, que l'« État n'est pas là pour inculquer une vision du bien, mais pour faire coexister une pluralité de visions morales »⁹. Les exigences qu'implique la neutralité de l'État sont donc floues : en témoigne également l'exemple de la professeure interdite d'enseigner en mai 2021 dans un lycée du Rhône car elle portait un masque sanitaire aux couleurs « arc-en-ciel », ce qui symbolise le mouvement LGBTQI+, au motif que celui-ci était contraire au devoir de neutralité de enseignants¹⁰. Ces exemples illustrent la difficulté première du principe de neutralité : l'indétermination de son contenu et de ses exigences. En dehors du principe de neutralité religieuse, le principe de neutralité de l'État, au sens général, n'est pas explicitement inscrit dans le droit positif des États contemporains. Or, la neutralité de l'État est bien plus large que sa seule dimension religieuse car elle est inhérente aux systèmes libéraux des démocraties occidentales. Par ailleurs, la manière dont les États appréhendent la neutralité diffère d'un pays à l'autre. Si des pays comme les États-Unis, le Canada ou le Royaume-Uni, valorisant la diversité et le multiculturalisme, sont partisans d'une neutralité éthique particulièrement poussée de l'État, cette vision est pour le moins étrangère à la tradition républicaine française, emprunte de valeurs, qui interprète davantage la neutralité dans le sens d'une *neutralisation* des identités¹¹. Si chaque État, en fonction de son histoire et de sa culture politique, a appréhendé d'une manière qui lui est propre l'exigence de neutralité de l'État, celle-ci est nécessairement mise en œuvre, de manière plus ou moins consciente, par les États libéraux, en raison de son lien avec la valorisation de la liberté individuelle. La généralisation de la neutralité religieuse à une neutralité vis-à-vis de la vie bonne, si elle est indétachable de la protection de la liberté individuelle, est donc confuse, et les exigences qui incombent à l'État afin de la respecter sont

⁶ « La « morale laïque » à l'école, une question controversée », *La Croix*, 2 sept. 2012.

⁷ Déclaration de Mme N. Vallaud-Belkacem, Ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, sur la mobilisation de l'école pour les valeurs de la République, Paris, le 22 janvier 2015.

⁸ R. OGIEEN, *La morale a-t-elle un avenir ?*, coll. « Lundis philosophie », Nantes, Pleins feux, 2006 ; R. OGIEEN, *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, coll. « L'attrape-corps », Paris, La Musardine, 2007 ; R. OGIEEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, coll. « Folio Essais », n° 485, Paris, Gallimard, 2007 ; R. OGIEEN, *La panique morale*, Paris, Grasset, 2004.

⁹ J. CERF, « Ruwen Ogien : "L'Etat n'est pas là pour inculquer une vision du bien" », *Télérama.fr*, 5 mai 2017.

¹⁰ « Dans le Rhône, une enseignante interdite de cours en raison d'un masque arc-en-ciel », *Libération*, 20 mai 2021.

¹¹ Sur cette question, voir notamment J.-F. SPITZ, *La République ? Quelles valeurs ? Essai sur un nouvel intégrisme politique*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 2022, p. 39 et s.

multiformes et varient en fonction des États. Cette ambiguïté de l'exigence de neutralité de l'État se retrouve également dans sa théorisation.

4. Dans la philosophie politique, la neutralité de l'État est la réponse proposée à la question de la légitimité de l'action de l'État dans les sociétés pluralistes¹², du fait de l'absence de consensus sur les questions de la vie bonne. Ce principe ne signifie pas que l'État doive être intégralement neutre : cette exigence serait à la fois « absurde »¹³ et « impossible »¹⁴, car une neutralité totale de l'État aboutirait nécessairement à sa négation, et donc à la fin de l'État. La neutralité totale pose, en effet, la question de la survie des communautés politiques. Lorsqu'il développe son État minimal, « le seul et unique État justifiable », R. Nozick souligne toutefois que cet État « peut paraître bien terne et peu attrayant et ne semblait guère de nature à inspirer ou à représenter un but digne que l'on se batte pour lui »¹⁵. L'État nécessite de créer du lien social, et ne peut survivre à une neutralité totale : il doit, dans une certaine mesure, promouvoir des valeurs essentielles contre lesquelles il s'adosse afin d'assurer le minimum de cohésion nécessaire à sa survie. Dès lors, la neutralité ne peut être comprise comme illimitée : elle n'a de sens qu'enfermée dans des limites déterminées. Celles-ci correspondent, dans les sociétés contemporaines, aux droits fondamentaux. La difficulté des États contemporains est ainsi de concilier l'idéal de neutralité avec le respect des droits fondamentaux qui permettent eux-mêmes de respecter l'horizon de la neutralité. La neutralité de l'État repose donc nécessairement sur les méta-valeurs inhérentes aux sociétés modernes : l'État ne peut être indifférent sur les droits et valeurs fondamentaux – les valeurs du Juste – car ce sont ces valeurs qui fondent les démocraties pluralistes. Par définition, ces méta-valeurs ne sont pas et ne peuvent pas être neutres, mais ce sont elles qui permettent la coexistence des individus adhérents à différentes conceptions du bien. Ces méta-valeurs – les valeurs constitutives des régimes démocratiques et libéraux¹⁶ – sont donc, paradoxalement, indispensables à la neutralité axiologique de l'État. L'existence de ces méta-valeurs inhérentes au principe de neutralité

¹² La question a été formulée en ces termes par J. Rawls : « Comment est-il possible qu'existe et se perpétue une société juste et stable, constituée de citoyens libres et égaux, mais profondément divisés entre eux en raison de leurs doctrines compréhensives, morales, philosophiques et religieuses, incompatibles entre elles bien que raisonnables ? En d'autres termes, comment est-il possible que des doctrines profondément opposées bien que raisonnables puissent coexister et toutes justifier la conception politique qui forme le socle d'un régime constitutionnel ? » (J. RAWLS, *Libéralisme politique*, coll. « Quadrige. Grands textes », Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p. 6).

¹³ W.A. GALSTON, « Défendre le libéralisme », in *Le perfectionnisme libéral. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2016, p. 79.

¹⁴ J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », *Archives de Philosophie du Droit*, 1988, vol. 33, p. 47.

¹⁵ R. NOZICK, *Anarchie, État et utopie*, coll. « Libre échange », Paris, Presses Universitaires de France, 1988, p. 12.

¹⁶ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010, p. 19.

représente la principale difficulté du concept, et le principal sujet de controverses. Si ces méta-valeurs sont pensées comme universelles, et donc compatibles avec les différentes convictions et modes de vie existant dans la société, elles représentent néanmoins des principes moraux, qui correspondent à une vision purement libérale de l'État et de la société, et qui, de fait, ne peuvent être partagées par tous. Par conséquent, l'État ne peut être parfaitement neutre et le concept de neutralité de l'État n'a pas vocation à défendre une neutralité totale.

II. LA NEUTRALITE DE L'ÉTAT DANS LA LITTÉRATURE

5. Si les racines de l'idéal de neutralité de l'État peuvent être identifiées dans le processus de sécularisation des sociétés, le terme n'apparaît que tardivement dans la littérature. Cette apparition tardive du concept de neutralité peut surprendre, car les fondements de cet idéal se trouvent dans l'acceptation et la prise en compte, par les États, du fait pluraliste. Le concept est indétachable de la philosophie libérale, les libéraux considérant « que la préservation de la liberté suppose avant tout que l'État soit cantonné dans une sphère déterminée »¹⁷. La question des limites à l'action de l'État dans une optique de protection de la liberté des individus est intimement liée à la neutralité de l'État, dont l'objectif est de protéger l'égale liberté des individus. En raison du lien entre liberté et neutralité, certains auteurs voient dans l'œuvre de J. S. Mill la naissance de l'idéal de neutralité¹⁸. Les premiers écrits relatifs à la neutralité ont proposé une réponse philosophique à la question de la coexistence des individus ayant des croyances différentes, qui, dans les faits, se posait pourtant depuis plusieurs siècles :

« [...] on a pris de plus en plus conscience du fait que les êtres raisonnables tendent à diverger quant à la définition de la vie bonne. Un siècle de guerres de Religion meurtrières était un fait qu'aucun des premiers penseurs libéraux ne pouvait ignorer. Il ne s'agit pas pour autant d'un problème simplement religieux. Au fil des quatre derniers siècles, la nature de la vie bonne, dans nombre de ses aspects, est apparue comme l'objet d'un désaccord entre personnes raisonnables, désaccord qui n'est pas accidentel, mais au contraire parfaitement prévisible. Le fait d'être raisonnable, c'est-à-dire de penser et de converser de bonne foi et en faisant appel, du mieux que l'on peut, aux capacités générales de la raison qui

¹⁷ P. RAYNAUD, « Libéralisme », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 344.

¹⁸ Par exemple : J. WALDRON, « Legislation and moral neutrality », in *Liberal Neutrality*, London, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Routledge, 1989, p. 67.

interviennent dans tous les domaines d'investigation, a cessé d'être considéré comme une garantie d'unanimité. »¹⁹

6. Dans les années 1970, à partir de la parution de la *Théorie de la justice* de J. Rawls, le principe de neutralité a été explicitement placé au cœur du libéralisme politique. J. Rawls n'utilise néanmoins pas encore, à cette date, le terme même de « neutralité », mais l'idée est sous-jacente dans sa théorie de la justice²⁰. Le terme de « neutralité » a été employé pour la première fois en philosophie politique en 1974, par R. Nozick, dans son ouvrage *Anarchie, État, Utopie*²¹. Néanmoins, le premier auteur à avoir explicitement démontré le lien entre la neutralité de l'État et le libéralisme politique est R. Dworkin, dans son article intitulé « Le libéralisme »²², dans lequel il démontre que le libéralisme politique ne peut être pensé indépendamment de la neutralité de l'État. C'est en particulier à la suite de cet article que la neutralité a été débattue²³ comme étant le cœur du libéralisme politique. Le libéralisme *politique* se distingue du libéralisme « classique » ou « compréhensif » en ce qu'il ne part pas de l'affirmation de valeurs ou d'une conception anthropologique²⁴. Ainsi, seul le libéralisme politique peut garantir la neutralité de l'État car dans ce régime, le gouvernement n'est fondé sur aucune idéologie, et ne promeut que des valeurs politiques. Pour les « premiers » penseurs de la neutralité – J. Rawls²⁵, R. Dworkin²⁶, C. Larmore²⁷, B. Ackerman²⁸ – elle est la caractéristique principale du libéralisme politique : celui-ci s'articule autour de l'idéal de neutralité. Cette thèse a d'abord été remise en cause par des auteurs appartenant au courant « communautarien »²⁹, puis au sein

¹⁹ C. LARMORE, « Du libéralisme politique », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 142.

²⁰ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, coll. « Points Essais », Paris, Seuil, 2009.

²¹ R. NOZICK, *Anarchie, État et utopie*, op. cit.

²² R. DWORKIN, « Le libéralisme », in *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 225-255.

²³ Ces différents auteurs ne sont néanmoins pas les premiers à évoquer le thème de la neutralité : dès le début du XX^e siècle, dans *La démocratie, sa nature, sa valeur*, H. Kelsen en faisait déjà la caractéristique du régime démocratique, en insistant sur la nécessité pour celui-ci d'être un régime neutre et procédural, conformément à sa méta-éthique non-cognitiviste (H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2004). Toutefois, H. Kelsen ne liait pas explicitement, dans sa théorie politique, la neutralité de l'État au libéralisme politique.

²⁴ A. BOYER, *Quels fondements éthiques pour quel libéralisme ? Critique et justification (malgré tout) du libéralisme moderne*, Thèse de doctorat, Genève, Université de Fribourg, août 2007.

²⁵ Voir en particulier : J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit. ; J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit.

²⁶ R. DWORKIN, *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

²⁷ C. LARMORE, *Patterns of moral complexity*, Cambridge, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Cambridge University Press, 1987 ; C. LARMORE, *Modernité et morale*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

²⁸ B. ACKERMAN, *Social justice in the liberal state*, New Haven, Yale University Press, 2009.

²⁹ Parmi ces auteurs, se trouvent notamment : M. Sandel, A. McIntyre et C. Taylor.

même de la pensée libérale, par la frange « perfectionniste » des libéraux³⁰. Ainsi, à partir de la *Théorie de la Justice* de J. Rawls, la neutralité a été âprement débattue, en tant qu'exigence liée à l'État. Ce débat, portant sur la nature du libéralisme, s'articulait particulièrement autour de deux axes du « problème » relatif à la neutralité : le premier portait sur la question de savoir si la neutralité de l'État était possible, et le second sur la question de savoir si la neutralité était souhaitable³¹. Ces questionnements ont eu pour conséquence de mettre en lumière l'importance du thème de la neutralité dans les sociétés occidentales, et de montrer la place centrale que cet idéal occupe dans les sociétés libérales. La littérature relative à la théorisation de la neutralité libérale est majoritairement anglophone. En effet, le débat qui a suivi la parution de la *Théorie de la justice* n'a pas eu le même retentissement en France. En France, les défenseurs du libéralisme et les ouvrages relatifs au libéralisme n'abordent pas, pour la plupart, le thème de la neutralité, et envisagent le libéralisme et les limites à l'action de l'État totalement indépendamment de cette question. Dans la littérature française, la neutralité est la plupart du temps assimilée à la laïcité ; or, celle-ci ne représente que la dimension religieuse de la problématique plus vaste de la neutralité de l'État. Par ailleurs, dans la littérature, l'idéal de neutralité de l'État n'est pas l'apanage du libéralisme politique ; il est également un thème récurrent chez certains auteurs républicains et néo-républicains³². Le républicanisme contemporain, du fait de son ancrage libéral, n'est pas sans lien avec l'idéal de neutralité. Certains courants du républicanisme admettent cette exigence de neutralité de la part de l'État, bien que celle-ci soit alors appréhendée de manière plus substantielle. L'apparition du thème de la neutralité dans les écrits des néo-républicains a fait suite au débat libéral sur la neutralité : ces écrits ont majoritairement pris place à la fin du XX^e siècle.

7. La critique de la neutralité – et de la non-neutralité – du droit et de l'État, est réapparue, plus récemment, dans différents courants de pensée qui se sont attachés à démontrer la non-neutralité de la construction des États contemporains, et par extension, la non-neutralité du droit³³, de différents points de vue, comme le genre³⁴ ou la race³⁵. Ces relectures du droit et des sciences humaines du point de vue des minorités ont initié un renouveau de la question de

³⁰ Parmi ces auteurs, se trouvent notamment : J. Raz, P. De Marneffe, S. Macedo, W. Galston, T. Hurka, G. Sher, S. Wall, R. Arneson, P. Da Silveira.

³¹ S. MULHALL et A. SWIFT (éds.), *Liberals and communitarians*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Cambridge : Blackwell publishers, 1992. ; A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

³² Parmi ces auteurs, se trouvent notamment : Q. Skinner, J. Pocock, P. Pettit, M. Viroli, J.-F. Spitz.

³³ *Critical Legal Studies*.

³⁴ *Feminist Studies*.

³⁵ *Critical Race Theory*.

la neutralité de l'État, et ont permis d'intégrer une dimension absente des débats doctrinaux des années 1970-1980 : celle de l'étude du droit positif et des sciences politiques permettant une appréhension plus concrète des problématiques relatives à la neutralité. Le thème de la neutralité est ainsi très présent dans les débats contemporains relatifs à la reconnaissance et aux identités. Les différentes critiques adressées au principe de neutralité de l'État par ces relectures des principes politiques « neutres » sur lesquels reposent les sociétés occidentales montrent, en particulier, que l'accord originel sur ces principes a été fait par une partie de la population ne représentant pas la totalité de celle-ci. Les femmes, les autochtones, les colonisés, les minorités sexuelles, par exemple, étaient alors exclus de la vie publique, et limités dans leur identité en raison de l'imposition d'une conception hégémonique du bien. En prenant en compte ce constat d'exclusion de l'accord originel sur les principes du Juste, la neutralité de l'État est doublement problématique. D'abord, l'accord originel n'a été possible uniquement parce que des membres de la société en étaient exclus. Par conséquent, les principes « universels » sur lesquels reposent les États modernes reflètent une homogénéité biaisée, et, par suite, une neutralité biaisée. La neutralité repose sur des valeurs morales, mais aussi, comme le montrent ces relectures des accords du Juste, sur une certaine vision du Bien, correspondant à celle du groupe majoritaire. Dès lors, non seulement les frontières du cadre de la neutralité doivent être repensées afin de prendre en compte l'hétérogénéité de la population, mais surtout, c'est toute la question du rapport entre l'individu et la communauté qui doit être reconsidérée, car la « neutralité » exclut les membres de groupes naguère marginalisés. Les courants de pensée dénonçant ces inégalités dans la liberté pour chacun de vivre en accord avec son identité sont donc des critiques de la neutralité de l'État. La question de la gestion des différences et des identités menant à des revendications de groupes minoritaires, qui défendent leur droit à maintenir leurs propres cultures, leurs traditions, leurs modes de vie dans un État dont la culture dominante est différente de la leur, est ainsi directement liée à la question de savoir ce que recouvre l'exigence de la neutralité, et à la possibilité d'adapter cette exigence aux problématiques contemporaines. Ces questionnements ont permis de mettre en exergue une dimension majeure de la neutralité : la dimension positive, qui implique une intervention de la part de l'État pour pallier les failles originelles de la neutralité. À la différence des critiques communautariennes et perfectionnistes, qui remettaient en question la *possibilité* de la neutralité de l'État, ces critiques contemporaines défendent, à travers leur critique, une nouvelle forme de neutralité : la neutralité active de l'État, visant à instaurer une neutralité des *conséquences* dans une perspective d'accroissement de l'égale liberté de choix des individus.

8. La littérature relative à l'idéal de neutralité de l'État est ainsi particulièrement vaste, et les acceptions du même principe originel varient selon les courants de pensée, de même qu'elles évoluent avec le temps. C'est pourquoi il s'agit désormais de proposer une tentative de définition du concept.

III. UN CONCEPT, DES CONCEPTIONS : CONSTAT DE L'AMBIGUÏTÉ DE LA NEUTRALITÉ ET ÉTAT DES LIEUX DE SES DÉFINITIONS

9. Le concept de neutralité de l'État pose d'emblée une difficulté quant à l'indétermination du terme. J. Rawls a indiqué ne pas employer souvent les termes « neutre » et « neutralité » dans ses écrits, et en particulier dans la *Théorie de la Justice*, car « certaines de leurs connotations prêtent fortement à confusion, d'autres suggèrent des principes tout à fait irréalisables »³⁶. B. Ackerman le qualifie de « mot polémique » (*fighting word*)³⁷, et évoque l'idée qu'il aurait commis « une erreur, quelques années auparavant, en aidant à populariser l'idée que quelque chose appelée Neutralité était le cœur du libéralisme »³⁸. Il apparaît donc que l'une des principales difficultés relatives à la théorie de neutralité de l'État est le terme même de neutralité. Au sein du domaine académique, plusieurs expressions font référence au même concept de neutralité : la neutralité « éthique »³⁹, la neutralité « politique »⁴⁰, la neutralité « morale »⁴¹, la neutralité « axiologique »⁴², et, plus généralement, la neutralité « libérale ». Or, toutes font référence au même principe, dans sa globalité : celui selon lequel l'État, pour être légitime, doit être neutre, impartial entre les différentes conceptions du bien et ne doit pas entraver le droit pour chaque individu de vivre selon sa propre définition de la vie bonne. Au-delà de cette définition très large, le concept de neutralité de l'État fait référence à une pluralité

³⁶ J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », art. cit., p. 47.

³⁷ B.A. ACKERMAN, « What is Neutral about Neutrality? », *Ethics*, janvier 1983, vol. 93, n° 2, p. 372.

³⁸ B. ACKERMAN, « Neutralities », in R.B. DOUGLASS, G.M. MARA et H.S. RICHARDSON (dirs.), *Liberalism and the Good*, London, Routledge, 1990, p. 29 (traduction libre).

³⁹ R. MERRILL, « Neutralité éthique de l'État », *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Nancy, Berger Levrault, 2015, pp. 667-671.

⁴⁰ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014.

⁴¹ G.F. GAUS, « The Moral Foundations of Liberal Neutrality », in T. CHRISTIANO et J. CHRISTMAN (éds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Oxford, UK, Wiley-Blackwell, 17 avril 2009, pp. 79-98.

⁴² J.-C. BILLIER, « Libéralisme téléologique et neutralité axiologique : le politique peut-il se passer d'une conception du bien ? », *Raisons publiques*, avril 2007, n° 6, pp. 11-27.

de conceptions différentes. Il n'existe pas de consensus clair sur sa définition, sa portée, ses contours, ni sur la manière dont celle-ci devrait être mise en œuvre au sein de l'État.

A. Définition générale

10. De manière générale, le terme de « neutralité » se comprend comme l'absence de parti pris⁴³. Le terme « neutre » vient du latin *neuter*, qui signifie « ni l'un ni l'autre ». La neutralité exige une situation dans laquelle deux ou plusieurs parties ne sont pas d'accord, et la partie qui doit être neutre est à la fois hors du conflit et *dans une position où elle est en mesure de l'influencer*⁴⁴. Lorsqu'elle se rapporte à l'État, il faut distinguer la neutralité sur le plan interne de la neutralité sur le plan international. Sur le plan international, le principe de neutralité fait référence à l'attitude d'un État qui refuse de prendre parti à un conflit international : il fait le choix de rester en dehors du conflit. Ce n'est pas le lieu ici de traiter de cette neutralité car, sur le plan international, la neutralité ne concerne pas la question des valeurs et du Bien, mais renvoie uniquement à l'absence d'implication d'un État dans un conflit armé. Sur le plan interne, la neutralité de l'État, dans sa définition la plus courante, signifie l'absence de prise de parti de la part de l'État envers une conception du bien en particulier. Ainsi, l'État axiologiquement neutre n'est pas un État dénué de valeurs, mais un État assurant la coexistence pacifique de différents systèmes de valeurs. La définition communément acceptée est celle qui assimile l'expression de « neutralité de l'État » au « principe selon lequel l'État doit, par souci de justice, être neutre entre les différentes idées du bien »⁴⁵. La neutralité de l'État est donc pensée par rapport à la distinction entre le « Juste » et le « Bien », et, plus précisément, elle ne peut être pensée qu'à travers la priorité du Juste. Le principe de neutralité « pose que l'action coercitive de l'État n'est pas légitime si elle se fait au nom d'une conception du bien particulière et controversée »⁴⁶. Il exige que « les actes de l'État soient justifiés en ne faisant appel à aucune idée controversée sur le bien des individus »⁴⁷. Ainsi, l'État doit être neutre vis-à-vis des

⁴³ A. REY (éd.), « Neutre », *Dictionnaire historique de la langue française : contenant les mots français en usage et quelques autres délaissés*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1994, p. 1319 : « Le mot a été introduit au sens de “qui ne prend pas parti dans un conflit, une guerre”, d'où “au-dessus de tout, indifférent” (1626), spécialement dans le langage du droit international [...] ».

⁴⁴ A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », *Les ateliers de l'éthique*, 2009, vol. 4, n° 2, p. 161.; J. WALDRON, « Legislation and moral neutrality », art. cit., p. 63.

⁴⁵ B. BARRY, « How Not to Defend Liberal Institutions », *British Journal of Political Science*, janvier 1990, vol. 20, n° 1, p. 6 (traduction libre).

⁴⁶ R. MERRILL et G. ROUSSELIÈRE, « Introduction », *Les ateliers de l'éthique*, 2009, vol. 4, n° 2, p. 131.

⁴⁷ P. DA SILVEIRA, « Quel avenir pour le principe de neutralité ? », *Lekton*, 1993, vol. 3, n° 2, p. 65.

différentes conceptions de la vie bonne. Cette notion de « Bien », de « vie bonne », dépasse les seules convictions religieuses. Elle englobe les convictions morales et philosophiques :

« Une conception du bien est une croyance ou un ensemble de croyances normatives à propos de ce qui est censé améliorer la vie d'une personne ou d'un ensemble de personnes, ces croyances étant plus ou moins structurées en doctrines morales, religieuses, philosophiques ou autres »⁴⁸.

Ainsi, l'expression de neutralité de l'État doit être appréhendée de manière globale : la neutralité implique l'absence de toute idéologie explicitement rattachée à l'État. En effet, si, en France, la neutralité de l'État est très souvent assimilée à la neutralité religieuse, le concept a en réalité été pensé de manière plus large. En effet, les croyances religieuses relèvent du Bien, et non du Juste, et sont donc reléguées dans la sphère privée, mais elles ne constituent pas les seules conceptions du bien. Au-delà du domaine spirituel, l'État doit être neutre en matière morale, philosophique, économique : le pouvoir ne doit pas reposer sur une idéologie ou une philosophie particulière. Il doit garantir un cadre neutre. Cette neutralité « doit permettre aux individus ou aux groupes de se reconnaître dans la structure politique de l'État (défini en termes de volonté, de justice ou de raison publique) sans avoir à accorder entre eux, ni à plus forte raison avec l'État sur des valeurs culturelles, religieuses, sexuelles, etc. »⁴⁹. L'État neutre ne permet pas seulement la liberté religieuse : il permet la liberté de conscience. Ainsi, si la laïcité renvoie à la neutralité de l'État, la neutralité de l'État ne renvoie pas nécessairement à la laïcité. En revanche, comme la laïcité, la neutralité est une exigence attachée à l'État, non aux citoyens.

B. Une exigence adressée à l'État

11. L'idéal de neutralité est une exigence normative adressée à *l'État*, et non aux individus. Selon les définitions appliquées à la neutralité, l'État se réfère, soit uniquement aux institutions étatiques, c'est-à-dire à la structure politique de l'État, soit aux agents publics également, c'est-à-dire aux représentants de l'État. Par ailleurs, certaines acceptions, d'origine républicaine, envisagent l'État de manière plus large. Dans le sens le plus « total » de la neutralité, l'État englobe alors à la fois les institutions publiques, les agents publics mais également l'espace public. Selon cette conception, les « individus doivent aussi s'imposer un

⁴⁸ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality: a re-evaluation*, op. cit., p. 8 (traduction libre).

⁴⁹ Y.C. ZARKA, *Difficile tolérance*, coll. « Intervention philosophique », Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 53.

devoir de réserve et de neutralité en s'abstenant de manifester leur foi, soit lorsqu'ils fréquentent les institutions publiques, soit, pour les plus radicaux, lorsqu'ils entrent dans la sphère publique »⁵⁰. La neutralité de l'espace public « a pour visée de permettre la réelle liberté du citoyen, par-delà ses déterminations sociales, familiales, religieuses, politiques, etc. », et il revient ainsi à l'État de « veiller à la neutralité de l'espace public et [de] refuser, en principe, toute intrusion de signes religieux »⁵¹. Cette acception républicaine de l'étendue de l'État et de l'exigence de neutralité qui s'y attache ne rencontre pas d'applications réelles dans les pays de tradition républicaine. En France, si cette acception de la sphère publique est présente dans le débat public, dans lequel certaines personnes publiques défendent une neutralité totale de l'espace public, elle n'est pas appliquée : dans le droit positif, la vision libérale prime. S'il est vrai que la neutralité de l'« État » est appréhendée plus largement en France que dans les pays anglo-saxons par exemple, l'espace public – en dehors des institutions étatiques – n'est pas soumis à l'exigence de neutralité. En revanche, selon les traditions – schématiquement, libérale ou républicaine – des États, une exigence varie : celle de la neutralité des agents publics. Selon la conception républicaine, les agents « représentent l'État et doivent conséquemment incarner les valeurs dont il fait la promotion »⁵². Dans la tradition républicaine, l'idée est de protéger *l'État* contre les ingérences de la religion, tandis que dans les pays à tradition « libérale », il s'agit avant tout de protéger la liberté religieuse des *individus*. Ainsi, la logique du principe de neutralité s'inverse selon les traditions des États.

12. Par ailleurs, le fait que le principe de neutralité soit une exigence adressée à l'État n'implique pas la neutralité de toutes les politiques étatiques. Il faut distinguer entre les choix d'un Gouvernement, d'un Parlement, qui représente un parti politique – et qui, de fait, oriente ses politiques vers les valeurs en accord avec celles de son parti – et les institutions étatiques, les agents de l'État, les bases constitutionnelles, qui doivent se rapprocher au mieux de l'idéal de neutralité afin d'être en accord avec les principes libéraux sur lesquels ils sont fondés. Il faut ainsi prendre en compte, dans l'étude du principe de neutralité, cette distinction entre la politique et l'État, car l'exigence de neutralité ne s'applique, et ne peut s'appliquer qu'à ce dernier. Il paraît d'emblée impossible que les politiques publiques soient totalement neutres, dès lors que le parti politique au pouvoir représente en lui-même une idéologie, qui aura des répercussions sur la politique menée dans un État. Les politiques menées par un Gouvernement

⁵⁰ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 52.

⁵¹ F. GAUTHIER, « Républicanisme vs Libéralisme. Les régimes de laïcité et leur mise à l'épreuve », *Revue du MAUSS*, 2017, vol. 49, n° 1, pp. 275-276.

⁵² G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008, p. 149.

sont nécessairement empreintes des valeurs qu'incarne le parti politique au pouvoir. L'exigence de neutralité se rapporte donc à « la structure politique de l'État en tant que celle-ci est liée aux droits fondamentaux et à l'organisation des pouvoirs qui font les démocraties constitutionnelles »⁵³. Il y a ainsi une distinction à opérer entre l'État et la politique :

« La démocratie rend nécessaire une séparation de plus, qui n'est pas toujours bien comprise : à savoir celle de la politique et de l'État. Les partis politiques rivalisent pour le pouvoir et luttent pour l'application d'un programme déterminé, en quelque manière, par une idéologie. Cependant, le parti vainqueur, bien qu'il puisse traduire son idéologie dans un ensemble de lois, ne saurait en faire le credo officiel de la religion civile »⁵⁴.

L'exigence de neutralité ne doit s'appliquer qu'à l'État.

C. L'objet de la neutralité

13. Dans les premières théorisations du principe, l'objet de la neutralité recouvre, de manière générale, les « conceptions du bien », bien que plusieurs expressions soient utilisées par les auteurs⁵⁵. Ces « conceptions du bien » correspondent aux réponses individuelles que chaque personne donne sur la question de comment la vie doit être vécue, c'est-à-dire sur la question du Bien. Au-delà de la sphère religieuse, de la sphère des croyances spirituelles, les notions de « Bien », de « conception du bien », de « la vie bonne », des « modes de vies », recouvrent une réalité plus large⁵⁶. La neutralité de l'État peut être appliquée à toutes les conceptions du bien⁵⁷, ou seulement aux conceptions *controversées* du bien. Cette restriction est reprise par la plupart des auteurs. En effet, une conception trop large du bien, qui engloberait toutes les croyances relatives à ce qui est bon ou non, empêcherait l'État de poursuivre des objectifs importants comme la santé ou la sécurité. Dès lors, on observe un consensus chez la majorité des auteurs pour restreindre cette idée de Bien. La neutralité ne concerne alors que les

⁵³ Y.C. ZARKA, *Difficile tolérance*, op. cit., pp. 109-110.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 120.

⁵⁵ Plusieurs expressions sont utilisées par les auteurs pour qualifier cet objet : « conceptions du Bien », « doctrines compréhensives », « visions du mondes », « conceptions de la vie bonne ».

⁵⁶ Toutefois, comme le souligne le Professeur S. Clarke, « [d]éfinir ce qu'est une conception du bien est quelque chose qui n'a encore été abordé par aucun théoricien avec succès » (S. CLARKE, « Consequential Neutrality Revivified », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality : a re-evaluation*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, p. 112), (traduction libre).

⁵⁷ Voir par exemple : R. OGIEN, « Neutrality toward non-controversial Conceptions of the Good life », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality : a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 97-108.

conceptions controversées du bien, c'est-à-dire qu'elle admet les doctrines compréhensives « raisonnables ». Cela pose la difficulté de savoir ce qu'est une conception controversée de la vie bonne. Dans *Libéralisme politique*, J. Rawls donne trois caractéristiques d'une « doctrine compréhensive raisonnable »⁵⁸. Tout d'abord, une doctrine compréhensive « raisonnable » porte « sur les aspects principaux, moraux, philosophiques et religieux, de la vie humaine » et « organise et caractérise des valeurs reconnues afin de leurs rendre compatibles entre elles et pour qu'elles expriment une vision intelligible du monde ». De plus, elle est un « exercice de la raison pratique » « en mettant en évidence quelles sont les valeurs qu'il faut reconnaître comme particulièrement importantes et en indiquant comme les pondérer quand elles sont en conflit ». Enfin, elle « appartient normalement à une tradition de pensée et de doctrine ou, du moins, s'en inspire »⁵⁹. Pour J. Rawls, les conceptions *raisonnables* du bien sont celles qui n'impliquent pas la violation des principes de la justice. L'objet de la neutralité est donc, chez la majorité des auteurs, les conceptions controversées du bien.

14. Certains auteurs estiment que la neutralité est en réalité une neutralité par rapport aux individus⁶⁰, car les conceptions du bien sont appréhendées – dans les démocraties libérales – uniquement par rapport aux individus. Par ailleurs, l'objet de la neutralité déterminé dans les premières théorisations évoluera dans la pratique, en raison de l'importance fondamentale donnée à l'identité à l'époque contemporaine, vers une neutralité vis-à-vis des identités.

D. La mise en œuvre de la neutralité

15. La *mise en œuvre* de la neutralité est variable : elle revêt un élément passif, et un élément actif. Dans ses fondements, le principe de neutralité a été envisagé dans une dimension négative, c'est-à-dire comme exigeant le retrait, le désengagement de l'État des questions relatives au Bien. La raison d'être du principe de neutralité a été, dans un premier temps, de limiter l'action et l'autorité de l'État, en particulier son immixtion au sein de la société civile. L'État neutre est alors envisagé comme un État « minimal » et la mise en œuvre

⁵⁸ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Voir par exemple : P. DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », *Philosophiques*, 1996, vol. 23, n° 2, pp. 227-251 : Dans cet article, l'auteur expose la différence entre un État neutre envers les individus, et un État neutre envers les conceptions du bien. Il explique que selon lui, la neutralité « libérale » est avant tout une neutralité envers les individus et, seulement dans un second temps, de manière dérivée, une neutralité envers les conceptions du bien, les idéaux.

du principe nécessairement passive. La neutralité est alors mise en œuvre par l'indifférence de l'État quant aux questions relatives à la vie bonne et son retrait de la sphère du Bien. La dimension d'indifférence de l'État est considérée, dans les courants de pensée contemporains critiques de la neutralité, comme insuffisante, en raison de l'incapacité de l'État indifférent d'assurer de manière effective l'égalité des citoyens dans la recherche du Bien. Le principe de neutralité peut également être envisagé de manière *active*, et la neutralité a alors pour but la *reconnaissance* des identités dans une perspective égalitaire. L'État neutre doit alors intervenir pour rétablir l'égalité des opportunités des individus de vivre selon ce qu'ils jugent être la vie bonne. Ces deux « dimensions » de la neutralité se rapportent à l'élément de respect (*respect element*) et à l'élément d'égalité (*fairness element*), qui correspondent, respectivement, au caractère passif, et actif, de la neutralité⁶¹.

E. La portée de la neutralité

16. Dans la définition du concept de neutralité, il n'y a pas non plus, chez les théoriciens de la neutralité de l'État, de consensus sur la portée du concept, qui peut être appréhendé de manière plus ou moins large. L'exigence de neutralité peut ainsi renvoyer aux fondations théoriques du libéralisme, aux principes constitutionnels et de justice distributive, ou encore à l'ensemble des politiques publiques⁶². La neutralité est dite « fondationnelle » lorsqu'elle est envisagée de manière « totale ». Selon cette conception, l'État doit se construire et donc reposer sur des bases parfaitement neutres. En ce sens, l'objet de la neutralité n'est pas le Bien, mais les fondements même du libéralisme politique. Cette exigence de neutralité « fondationnelle » marque la rupture entre le libéralisme politique et le libéralisme compréhensif : le libéralisme politique n'a plus de fondements moraux. Cette nécessité de fondements neutres a notamment été défendue par J. Rawls, C. Larmore et R. Dworkin, qui ont toutefois, au fil de leurs écrits, renoncé à cette neutralité « totale ». La neutralité « fondationnelle » se rapporte donc aux valeurs du Juste.

17. Relativement aux valeurs du Bien, la neutralité peut être, schématiquement, large ou étroite. Pour la majorité des défenseurs de la neutralité, qui défendent une conception *étroite*

⁶¹ A. ZELLENTIN, *Liberal neutrality: treating citizens as free and equal*, Berlin, De Gruyter, 2012 ; A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », art. cit.

⁶² L. DE BRIEY, « De la neutralité libérale au perfectionnisme républicain : À propos de Political Neutrality. A Re-Evaluation, de R. Merrill et D. Weinstock », *Philosophiques*, 2015, vol. 42, n° 2, p. 416.

de la neutralité, l'État ne devrait être neutre que dans ses principes constitutionnels, et non dans l'ensemble des décisions politiques. Le principe de neutralité ne s'applique alors qu'à la structure de base de l'État, ses principes constitutionnels et ses grands principes économiques et sociaux. Cette conception étroite du principe de neutralité de l'État est la plus consensuelle. Au sens large, la neutralité se comprend comme portant sur l'ensemble des normes d'un État, y compris les normes les plus basses dans la hiérarchie des normes. Cette conception est la plus controversée, car elle semble être la plus difficile à mettre en œuvre. Elle est néanmoins défendue par plusieurs auteurs⁶³. P. de Marneffe par exemple, défend la possibilité de la neutralité législative⁶⁴. Cette question de la portée de neutralité revêt toute son importance dans l'étude de la mise en pratique de la neutralité, car seule la neutralité étroite est envisageable dans la réalité des démocraties contemporaines.

F. Neutralité des intentions, neutralité des conséquences, neutralité des justifications

18. L'absence de prise de parti de l'État vis-à-vis des conceptions du bien renvoie à trois exigences différentes. J. Raz et W. Kymlicka ont été les premiers auteurs à distinguer différentes conceptions de la neutralité⁶⁵. Les trois exigences distinctes correspondent à la neutralité des intentions, la neutralité des conséquences et la neutralité des justifications⁶⁶.

19. La neutralité des *intentions*, ou neutralité des buts, implique que l'État ne doive rien faire dans l'objectif de promouvoir une conception du bien au détriment d'autres conceptions : son intention doit être neutre. La difficulté soulevée par cette conception est celle de la « réalité » des intentions de l'État ; au-delà du discours officiel, il paraît difficile de savoir quelles sont les réelles intentions de l'État⁶⁷. Une autre objection apportée à la neutralité des intentions est que l'État n'est pas une personne avec des intentions, mais est composé de différents organes, personnes, avec différentes intentions⁶⁸.

⁶³ Par exemple : L. B. SOLUM, K. GREENAWALT, J. QUONG, T. SCHWARTZMAN, B. ACKERMAN.

⁶⁴ P. DE MARNEFFE, « The Possibility and Desirability of neutrality », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political Neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 44-56.

⁶⁵ S. CLARKE, « Consequential Neutrality Revivified », art. cit., p. 109.

⁶⁶ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality: a re-evaluation*, op. cit., pp. 2-7.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁸ *Ibid.*

20. La neutralité des *justifications* exige que la justification de principes politiques ou de politiques étatiques ne soit pas basée sur la supériorité d'une conception du bien. B. Ackerman formule cette conception ainsi :

« Aucune raison [justifiant une politique publique] n'est une bonne raison si elle exige que le détenteur du pouvoir affirme : (a) que sa conception du bien est meilleure que celle affirmée par n'importe lequel de ses concitoyens, ou (b) que, indépendamment de sa conception du bien, il est intrinsèquement supérieur à un ou plusieurs de ses concitoyens »⁶⁹.

La plupart des auteurs défendent la possibilité de cette définition de la neutralité, et considèrent que c'est la seule mise en œuvre applicable du principe de neutralité⁷⁰. Cette acception de la neutralité, si elle est majoritairement admise par les défenseurs de la neutralité, pose néanmoins quelques difficultés. Selon J. Raz, la neutralité des justifications ne répond pas à l'exigence de neutralité car elle permet de justifier une politique favorisant une conception du bien avec une raison totalement indépendante⁷¹. De plus, cette conception peut avoir pour conséquence que certaines conceptions du bien seraient largement plus favorisées que d'autres, et donc les conceptions du bien ne seraient pas préservées de manière égalitaire. Certains auteurs considèrent donc qu'elle est insuffisante⁷². La neutralité des justifications peut être rapprochée de la neutralité des intentions, car « toutes deux reposent sur les raisons des politiques de l'État »⁷³. Mais la distinction est tout de même pertinente car un État peut justifier une politique de manière neutre, sans pour autant poursuivre un but neutre, et inversement⁷⁴. Par exemple, en France, la loi sur la dissimulation du visage dans l'espace public de 2010⁷⁵ a été justifiée de manière neutre – par le maintien de l'ordre public – mais la neutralité de son objectif a soulevé de nombreux débats.

21. La neutralité des *conséquences* implique que l'action de l'État ne doit pas avoir pour effet – intentionnel ou non – de favoriser une conception du bien. Cela signifie que les politiques publiques doivent avoir les mêmes conséquences pour tous les citoyens, sans

⁶⁹ B. ACKERMAN, *Social justice in the liberal state*, op. cit., p. 11 (traduction libre).

⁷⁰ Par exemple : J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit. ; B. ACKERMAN, *Social justice in the liberal state*, op. cit. ; C. LARMORE, *Modernité et morale*, op. cit.

⁷¹ S. DIMOCK, « Liberal Neutrality », *Journal of Value Inquiry*, septembre 2000, vol. 2-3, n° 34, p. 200.

⁷² T. HURKA, *Perfectionism*, New York ; Oxford, Oxford University Press, 1993 ; S. WALL, « Perfectionist Neutrality », in *Political neutrality : a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 57-82.

⁷³ R. MERRILL, « Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », *Raisons politiques*, janvier 2012, n° 44, p. 21.

⁷⁴ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality : a re-evaluation*, op. cit., p. 5.

⁷⁵ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

favoriser une catégorie d'entre eux. L'État doit donc faire en sorte que chaque individu puisse poursuivre sa propre notion de la vie bonne :

« [L]es gouvernement doivent se comporter de telle sorte que leurs actions n'améliorent ni n'entravent les chances des individus de vivre en accord avec leur conception du bien »⁷⁶.

Ainsi, selon cette définition, seules seraient légitimes les politiques publiques qui ont les mêmes conséquences pour chaque individu. La neutralité des conséquences pose nombre de difficultés. Cette acception de la neutralité est la plus difficile à mettre en œuvre, tant il paraît difficile de prédire les conséquences de telle ou telle politique. De plus, elle nécessite de mesurer la satisfaction de chaque personne pour chaque politique publique, et nécessite un fort interventionnisme⁷⁷. Cette exigence de neutralité des conséquences est donc considérée comme impraticable, car des politiques publiques ayant pour vocation de compenser des conséquences inégales auraient nécessairement des effets inégaux. Ainsi, pour la majorité des auteurs, cette neutralité est donc la moins envisageable, la plus difficile à mettre en œuvre⁷⁸. Toutefois, si la neutralité des conséquences était considérée comme un objectif impossible par les premiers théoriciens de la neutralité de l'État, elle est désormais au cœur de la pratique et de la compréhension contemporaine de la neutralité, qui défend et vise à mettre en œuvre l'égalité d'opportunités entre les individus.

22. Cette distinction entre neutralité des intentions, neutralité des conséquences et neutralité des justifications est schématique, et ne comprend pas toutes les interprétations de la neutralité, qui ne correspondent pas toujours à l'une de ces définitions⁷⁹.

⁷⁶ J. RAZ, cité par I.J. CARROLL, « Neutrality and the social contract », *Les ateliers de l'éthique*, 2009, vol. 4, n° 3, p. 135 (traduction libre).

⁷⁷ S. DIMOCK, « Liberal Neutrality », art. cit., p. 193.

⁷⁸ J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », art. cit., p. 50. : « Nous avons dit que la neutralité de l'effet ou de l'influence est un but inaccessible. Les principes de *n'importe quelle* conception politique raisonnable doivent imposer des restrictions aux conceptions exhaustives tolérables, les institutions de base, auxquels ces principes conduisent, encourage de façon inévitable certains modes de vie et en découragent d'autres, ou même les excluent purement et simplement ».

⁷⁹ Voir par exemple : G.F. GAUS, « The Moral Foundations of Liberal Neutrality », art. cit. L'auteur établit une liste des différentes subtilités dans l'interprétation de la neutralité.

IV. DELIMITATION DE L'OBJET D'ETUDE ET METHODE EMPLOYEE

23. La neutralité de l'État est au carrefour de deux disciplines – la philosophie politique et le droit constitutionnel – et nécessite ainsi, pour être complète, une étude de ces deux champs afin de saisir la neutralité de l'État dans sa globalité : en tant que concept, d'abord, afin d'identifier l'objet de la recherche et son unicité, et à travers l'étude du droit constitutionnel également, en vue d'élargir le champ épistémologique de la recherche dans l'objectif de proposer une définition contemporaine du principe de neutralité de l'État visant à le mettre en cohérence à travers l'évolution du droit.

A. De la philosophie politique au droit constitutionnel : le champ épistémologique de l'étude de la neutralité de l'État

24. La philosophie politique traite des problèmes soulevés par la vie en communauté et des discussions engendrées par ceux-ci⁸⁰, et, de fait, elle est la branche de la philosophie la plus proche « de la vie non-philosophique, de la vie humaine »⁸¹. Si elle fournit principalement des discussions rétrospectives, la philosophie politique peut également être prospective. La particularité des régimes modernes, comme l'explique M. Gauchet, est que la « pensée politique a anticipé sur l'histoire réelle »⁸² : c'est d'abord la philosophie politique qui a conceptualisé et discuté de régimes dont la légitimité « n'est ni traditionnelle, ni naturelle, ni transcendante »⁸³. Des idées issues de la philosophie politique se sont ainsi incarnées dans la réalité des régimes. Ce lien est particulièrement prégnant en ce qui concerne la neutralité de l'État. C'est précisément de la première « révolution du politique »⁸⁴, qui a vu la conceptualisation de l'État moderne en tant qu'entité politique, *souveraine*, détachée de toute considération religieuse, qu'a progressivement émergé l'idée de neutralité de l'État. C'est, par la suite, au sein du renouveau de la philosophie politique initié par J. Rawls que le concept de neutralité de l'État a été défini

⁸⁰ P. RAYNAUD, « Philosophie politique », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 561.

⁸¹ L. STRAUSS, *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 16.

⁸² M. GAUCHET, « Les tâches de la philosophie politique », *Revue du MAUSS*, 2002, vol. 19, n° 1, p. 279.

⁸³ *Ibid.*, p. 278.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 281.

et débattu. Ainsi, l'étude de la philosophie politique est indispensable pour donner du sens à ce concept. Toutefois, dans le débat aujourd'hui essoufflé autour du principe de neutralité conceptualisé par J. Rawls, le champ épistémologique relatif à celui-ci est resté cantonné à la philosophie politique. Par conséquent, l'étude du droit constitutionnel a pour but d'élargir ce champ épistémologique dans une perspective d'étude contemporaine de la neutralité.

25. Selon la définition donnée par A. Esmein, le droit constitutionnel « prend un État et un gouvernement arrivés à une forme déterminée, qu'a fixée la coutume ou la législation : il en dégage l'esprit et les principes fondamentaux, dont il tire les conséquences ; il en construit ainsi le système logique et juridique »⁸⁵. Il a la particularité d'être à la fois juridique et politique. Le droit constitutionnel, bien qu'il traite – tout comme la philosophie politique – des rapports de l'individu et de l'État, n'est « ni de la philosophie, ni de la sociologie »⁸⁶. Il se doit d'être net et précis :

« Quand il s'agit de transporter des idées ou des maximes dans des articles de loi ou de règlement, il faut que ces idées ou maximes ne restent pas dans l'indétermination et dans le flou. »⁸⁷

Il met en place juridiquement des idées issues de la philosophie politique. La Constitution est en effet, avant tout, « le produit d'une décision sur la forme du gouvernement de l'État » « qui institue un ordre spécifique dans lequel la nature *politique* de la décision est inséparable de nature *normative* du texte »⁸⁸. Or, une volonté politique, comme l'explique R. Baumert, « est toujours tributaire d'un certain nombre de *catégories et de concepts*, » dont « beaucoup d'entre elles apparaissent (...) comme un héritage doctrinal et institutionnel »⁸⁹. Par conséquent, le droit constitutionnel est un droit politique. Ainsi, si les deux matières sont distinctes, elles sont fortement liées : les concepts majeurs utilisés par le droit constitutionnel sont issus de la philosophie politique. Les sources issues de la philosophie politique sont utiles à l'étude du droit constitutionnel car elles peuvent exercer une influence importante sur l'élaboration du droit constitutionnel. Cela est particulièrement vrai à l'époque contemporaine sur l'idée de neutralité de l'État, ainsi que le souligne M. Gauchet :

⁸⁵ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, 1896, p. 21.

⁸⁶ F. LARNAUDE, « Le droit public - sa conception - sa méthode », in *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 16.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, 2018, n° 20, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-1264.html>.

⁸⁹ R. BAUMERT, « En relisant Pierre Avril, « Penser le droit politique » (2018) », *Jus Politicum*, 2020, n° 24, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/En-relisant-Pierre-Avril-Penser-le-droit-politique-2018-1329.html>.

« Nous avons vu se développer, par exemple, de nouvelles exigences en matière de pluralisme, et, conséquemment, en matière de formes de la coexistence collective et du rôle de l'autorité publique. Le phénomène modifie le regard qu'on pouvait porter sur la neutralité libérale de l'État. On en était resté à une image négative de l'abstention nécessaire de l'État dans le domaine des croyances et des modes de vie – il doit surtout ne pas se mêler de ce qui ne le regarde pas. On en vient à une image positive de son rôle dans l'organisation du pluralisme. Il lui est demandé une reconnaissance active des options religieuses philosophiques ou existentielles dans leur diversité. »⁹⁰

Le principe de neutralité de l'État est ainsi non seulement au carrefour des deux disciplines, mais est par ailleurs considéré, pour certains auteurs comme étant à l'origine du droit *politique*⁹¹. La neutralité de l'État a pour objectif d'assurer la coexistence pacifique de différents individus et est donc, par nature, politique. L'objet même de l'étude invite donc à s'intéresser conjointement au droit constitutionnel et à la philosophie politique afin de saisir la globalité de l'objet. Les considérations de philosophie politique sont indispensables à la compréhension de la neutralité de l'État : elles permettent de saisir le concept. L'objectif est d'élargir le champ épistémologique habituellement relatif à la neutralité de l'État, car celle-ci ne peut être appréhendée de manière satisfaisante en se cantonnant à l'une ou à l'autre de ces disciplines. Si l'étude de la philosophie politique permet de comprendre le concept dans son abstraction, l'étude du droit constitutionnel permet d'inclure et de comprendre l'impact que ces discussions ont effectivement sur les régimes contemporains. Or, le droit s'est saisi des considérations relatives à la neutralité, en particulier de ses critiques contemporaines.

B. Identifier l'unité de l'objet de la recherche par l'utilisation du concept

26. La première difficulté du sujet est d'identifier l'unité de l'objet de la recherche. En matière de philosophie politique, le matériau propre est le concept⁹², et il s'agira donc – pour pouvoir étudier les traces de juridisation de la neutralité dans le droit positif – d'identifier, dans la philosophie politique, le *concept* de neutralité de l'État afin d'en déterminer son unicité. C'est pourquoi la thèse envisagera dans un premier temps la neutralité de l'État en tant que *concept*,

⁹⁰ M. GAUCHET, « Les tâches de la philosophie politique », art. cit., p. 290.

⁹¹ Pour M. GAUCHET, le droit politique est réapparu avec J. RAWLS et la parution de la théorie de la justice (*Ibid.*, p. 286).

⁹² M. BESSONE (éd.), *Méthodes en philosophie politique*, coll. « Philosophica », Rennes, PUR, Presses Universitaires de Rennes, 2018, p. 10.

plutôt qu'en tant que *notion*, celle-ci faisait référence à la transcription du concept en droit positif⁹³. Le concept, quant à lui, « correspond à la représentation intellectuelle des lignes essentielles des contours typiques qui forment la constitution fondamentale d'une chose »⁹⁴. La neutralité de l'État n'étant pas explicitement inscrite dans le droit positif des États contemporains, le choix de traiter du concept de neutralité s'impose, car celui-ci semble désigner « le niveau d'abstraction le plus élevé »⁹⁵. L'objectif étant d'étudier la neutralité dans son sens le plus global, à travers les premières théorisations complètes de la neutralité et l'évolution historique de la neutralité, mais aussi à travers l'identification des normes, le concept semble être plus adapté en ce qu'il « se présente comme un “passe-partout” qui ouvre sur différentes dimensions : il ne se confond pas avec l'objet de la pensée, ni avec le mot qui le désigne, ni avec sa propre définition, ni avec l'idée qui le sous-tend mais il participe à tout cela » ; il est « la condensation de problèmes théoriques mais aussi unité élémentaire de la théorie »⁹⁶. Il est ainsi nécessaire d'envisager dans un premier temps la neutralité de l'État comme un objet abstrait de philosophie politique avant de s'attacher à en trouver les marques dans le droit positif. L'identification du concept a pour objectif sa mise en cohérence, unité essentielle au point de départ d'une réflexion critique sur la neutralité de l'État.

27. La neutralité de l'État est un concept issu de la philosophie politique : sa théorisation remonte aux théories de la tolérance et prend forme à la fin du XX^e siècle. L'analyse des définitions proposées par les différents théoriciens à la fin du XX^e siècle est indispensable, car c'est à cette période que la neutralité a été, pour la première fois, explicitement théorisée. La recherche part donc, dans un premier temps, du concept tel qu'il est issu et défini par la philosophie politique. Il s'agit de également de distinguer le *concept* de neutralité, qui désigne « une signification, un sens ou encore un principe fixé à l'issue d'un accord dans une communauté linguistique donnée », de ses différentes *conceptions*, qui renvoient chacune « à des interprétations individuelles ou collectives, engageant les valeurs propres à chacun sur ses significations, sens ou principes »⁹⁷. Cela exige, dans un premier

⁹³ J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, vol. 76, n° 4, p. 788 : « [...] le concept peut être transcrit positivement : on parlera de “notion”. La notion est ainsi la représentation du concept, sa transcription effective dans un domaine précis. Dans le domaine particulier des sciences juridiques, la notion est la mise en œuvre normative d'un concept, son existence en droit positif, dans un domaine juridique particulier ».

⁹⁴ A. LALANDE, « Concept », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 160 et s.

⁹⁵ X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, 1, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2009, p. 23.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁹⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2014, p. 326.

temps, d'étudier la théorie de la neutralité de l'État, en particulier sa définition et ses limites. Cette étude des auteurs portera principalement sur la littérature anglo-saxonne et canadienne, qui concentre une très grande partie des écrits relatifs à la définition et aux enjeux du concept. Chez les auteurs français, le thème de la neutralité de l'État renvoie majoritairement à la neutralité républicaine, notamment parce que la neutralité de l'État est surtout évoquée en France dans le sens de la laïcité. Neutralité républicaine et neutralité libérale sont deux conceptions différentes de la neutralité, mais au sein de ces deux ensembles, se trouvent également de multiples variantes qui renvoient à autant d'autres conceptions de la neutralité. Saisir l'unité du concept nécessite un tour d'horizon de ces différentes conceptions afin de déterminer ce qui, dans cette multiplicité de conceptions, fait l'unité de la neutralité. L'objectif n'est donc pas de proposer une présentation exhaustive des théories relatives à la neutralité de l'État, celles-ci ayant déjà été largement débattues et expliquées dans la littérature secondaire, mais d'en proposer une synthèse afin de construire l'unité du concept, celle-ci permettant de fournir « le support à la reconstruction d'un récit qui doit permettre de saisir et de comprendre l'essentiel sur la masse de données considérées »⁹⁸.

28. L'étude du concept nécessite de s'intéresser à ses critiques. Aux critiques historiques de la neutralité – communautarienne et perfectionniste – s'ajoutent les critiques plus contemporaines, celles des études interdisciplinaires relatives aux minorités et à la question du traitement des différences et des identités. Ces études incarnent le renouveau de la discussion autour de la neutralité. En effet, le sujet s'inscrit dans une réflexion sur la diversité des croyances et des modes de vie, c'est-à-dire sur la multiplicité de conceptions du bien existant dans les sociétés contemporaines et sur la manière qu'ont les États de gérer cette diversité morale, religieuse, économique, philosophique en maintenant une structure étatique stable et cohérente. Le sujet porte donc à la fois sur le cadre de la neutralité, c'est-à-dire sur l'*ethos* minimal ou sur la culture civique susceptible de maintenir une cohésion sociale, ainsi que sur ses limites, et sur le principe même de neutralité, tel qu'il s'applique à l'intérieur du « cadre ».

C. Étude du droit positif

29. Après avoir construit l'unité du concept, l'objectif de la thèse est d'élargir le champ épistémologique habituellement relatif à la neutralité à travers un travail d'identification des

⁹⁸ *Ibid.*, p. 340.

normes. La neutralité est, en effet, généralement abordée du point de vue de la philosophie politique. Il s'agit alors d'envisager la neutralité de l'État comme un concept qui sous-tend différentes notions du droit positif, comme la séparation de l'Église et de l'État, la laïcité, la reconnaissance des minorités, le droit à la différence, etc. L'objectif de l'étude est d'apporter un point de vue concret sur la manière dont est envisagée la neutralité dans les démocraties contemporaines. La difficulté du concept de neutralité de l'État est la suivante : il ne correspond pas à une notion explicite du droit positif, mais il sous-tend néanmoins différentes notions présentes dans le système juridique des États contemporains. Il s'agit alors de confronter le concept au droit positif, en prenant en compte les données sous-jacentes et contextuelles, et de confronter les données observables du droit positif au concept dégagé dans la première étape du raisonnement. L'objectif est d'illustrer la manière dont le concept a évolué, notamment par le renouveau de la question de la neutralité relative à l'étude des minorités, à travers différentes illustrations choisies dans le droit positif de différents États libéraux.

30. L'étude de la mise en œuvre du principe, à travers des exemples pris dans les démocraties contemporaines, se limitera à la neutralité *au sens étroit du terme*, c'est-à-dire la neutralité de l'État dans ses aspects constitutionnels et dans les grandes politiques publiques relatives à l'économie et au domaine social, qui est le plus accord avec la réalité des démocraties libérales. Au sens large, l'idéal de neutralité est appréhendé par rapport à l'ensemble des politiques publiques. Cette appréhension large de la neutralité est trop éloignée de la réalité des démocraties libérales, dans lesquelles elle ne peut qu'être relative et incomplète. La neutralité au sens large ne sera abordée que de manière accessoire, dans les développements relatifs aux théories de la neutralité. Dans l'appréhension contemporaine de l'idéal de neutralité, il n'apparaît pas pertinent d'étudier la neutralité au sens large. Le principe sera donc appréhendé comme une exigence relative à la structure de base de l'État, c'est-à-dire ses aspects constitutionnels et ses grands principes économiques et sociaux. Néanmoins, cette acception doit être comprise en considérant la Constitution au sens matériel, c'est-à-dire incluant les grandes politiques publiques sociétales.

D. Proposition de redéfinition : adapter le concept aux réalités contemporaines

31. L'analyse des normes et des théories de la neutralité révèle que la mise en œuvre de celle-ci a évolué historiquement. Cette interprétation dynamique de la neutralité tendra à mettre en évidence le caractère évolutif de la neutralité, et ainsi, la thèse proposera une définition stipulative de la neutralité « contemporaine ». Il s'agira alors d'indiquer que, compte tenu de la logique d'application des contours de la neutralité dans les États contemporains et de l'évolution dans la manière d'appréhender ce cadre, il est cohérent d'envisager la neutralité de telle ou telle manière. La définition stipulative proposée au moyen de la démonstration de la thèse aura ainsi pour objectif de proposer une définition plus contemporaine de la neutralité de l'État. Dès lors, l'étude partira de la définition la plus générale de la neutralité afin d'appréhender, dans un premier temps, le concept de manière globale, avant d'envisager, à l'issue de la recherche, une redéfinition de ce que peut être la neutralité dans le contexte contemporain. Cette redéfinition aura donc pour base la prise en compte des limites de l'idéal de neutralité dans sa définition « classique », afin d'adapter le concept à la réalité des démocraties contemporaines.

V. ENJEUX ET PROBLEMATIQUE

32. L'étude de la neutralité de l'État pose d'emblée un problème de compréhension du concept. Cette difficulté est liée à l'ambiguïté de l'expression, caractérisée par une pluralité de conceptions différentes, ce qui complique sa cohérence globale. Il paraît difficile d'appréhender le concept de neutralité de l'État car ni le droit ni les sciences politiques ne paraissent neutres, tant ils s'organisent autour de valeurs. Dans le discours politique également, la notion de valeurs est omniprésente. Dès lors, il semble évident que l'idéal de neutralité de l'État procède lui-même d'un choix axiologique : il semble refléter une certaine vision du monde. Il y a donc un paradoxe inhérent au concept de neutralité de l'État ; celle-ci ne peut être totale. Elle est nécessairement limitée et imparfaite. Ce paradoxe sur lequel repose le concept de neutralité de l'État découle du fait que la neutralité est elle-même un choix, une volonté politique de l'État moderne qui repose sur la nécessité de neutraliser les impérialismes idéologiques. Le paradoxe

de la neutralité peut donc être résumé ainsi : pour lutter contre les conflits idéologiques, l'État moderne doit reposer sur une idéologie particulière, celle de la neutralité. L'État libéral permet aux individus de vivre selon leur propre conception de la vie bonne, et donc, nécessairement, valorise la liberté de choix des individus. C'est pourquoi la critique principale adressée à la neutralité de l'État est que l'accord originel exclut les individus pour lesquels la liberté de choix n'est pas la valeur ultime. En effet, il est courant de considérer que le libéralisme lui-même procède d'un choix axiologique en faveur de la liberté individuelle et que la neutralité constitue nécessairement, en elle-même, une certaine vision du monde.

33. La nécessité de protéger la liberté individuelle implique un socle de droits et libertés, protégés par l'État de droit. Ce socle de libertés représente nécessairement le contour de la neutralité ; l'État n'est pas neutre sur les valeurs libérales, qui sont donc des méta-valeurs à l'intérieur desquelles le principe de neutralité peut s'appliquer. Parce qu'il protège les libertés de base de l'individu, l'État de droit permet l'application du principe de neutralité, autant qu'il le limite. Néanmoins, le fait que le principe de neutralité repose en lui-même sur des méta-valeurs individualistes ne suffit pas pour reléguer la neutralité de l'État au sein des principes dépassés et des idéaux naïfs, inadaptés à la réalité des démocraties libérales contemporaines. Le malaise dans la neutralité provient avant tout du fait que sa définition théorique est trop éloignée de la manière dont les États appréhendent réellement l'hétérogénéité de leurs populations. Une réflexion sur la neutralité de l'État doit effectivement partir de l'idée que le concept n'a de sens qu'enfermé dans des limites.

34. En raison de ces difficultés, l'idéal de neutralité, considéré comme le cœur de l'idéologie libérale, a toujours été contesté. Les apories de la neutralité ont depuis longtemps été dénoncées et débattues. Il apparaît que les difficultés du principe proviennent en partie de l'utilisation du terme même de neutralité. Or, l'ambiguïté du terme ainsi que la distance entre l'idéal théorique de neutralité et la manière dont les États contemporains appréhendent le fait pluraliste ne doivent pas masquer l'intérêt toujours actuel d'un tel idéal⁹⁹. En effet, la neutralité a été pensée comme la réponse à la légitimité du pouvoir dans un État caractérisé par le fait pluraliste et l'hétérogénéité des croyances et des modes de vie. Or, ces traits caractéristiques des sociétés contemporaines sont toujours d'actualité et soulèvent de nouveaux

⁹⁹ Il semble ainsi précipité d'enterrer la neutralité à la manière de R. Arneson, qui a fortement critiqué la neutralité notamment dans un article intitulé « Liberal Neutrality on the Good : An Autopsy » et a considéré ainsi que cet idéal était voué à l'abandon du fait de ses difficultés intrinsèques (R.J. ARNESON, « Liberal Neutrality on the Good : An Autopsy », in G. KLOSKO et S. WALL (éds.), *Perfectionism and Neutrality*, Lanham, Md, Etats-Unis d'Amérique, Rowman & Littlefield Publishers, 2003, pp. 191-218).

questionnements. La question de la légitimité de l'État moderne dans un contexte mondialisé et hétérogène ne peut être pensée indépendamment de cet idéal. Si le caractère « dépassé » de l'idéal de neutralité s'est fait ressentir avec la montée de demandes de reconnaissance de minorités, revendiquant un droit à la différence, il apparaît néanmoins que la prise en compte des différences ne représente pas nécessairement la « fin » de l'idéal de neutralité, mais, au contraire, un approfondissement de celui-ci, notamment en mettant en avant la dimension active du principe de neutralité de l'État, fortement liée à la notion d'égalité. Le lien entre l'égalité et la neutralité a été établi dès l'apparition de la neutralité dans la littérature, et la neutralité a donc toujours été envisagée comme un moyen de ne pas favoriser ou défavoriser certains individus, mais il est apparu que la dimension passive de la neutralité était insuffisante car la structure de base de l'État, les fondements de l'universalisme, reposent en réalité sur une conception majoritaire du bien. Le fait pour l'État d'intervenir afin de pallier les inégalités originelles du cadre de la neutralité, en mettant en place une neutralité des conséquences, renforce donc la dimension égalitaire de la neutralité. Il apparaît alors que les critiques de la neutralité, en particulier du cadre non-neutre de la neutralité, permettent d'enrichir cet idéal.

35. Parce qu'il a pour vocation de neutraliser les conflits, et qu'ainsi il découle en réalité d'une volonté de *neutralisation*, l'idéal de neutralité a, par nature, une dimension active. Cependant, deux axes sont à distinguer dans cette dimension. L'origine même du principe de neutralité a pour but de neutraliser les conflits au sein d'un État, essentiellement religieux. Toutefois, cette dimension active n'apparaissait pas dans sa mise en œuvre. En effet, celle-ci correspondait à l'obligation faite à l'État de *ne pas* intervenir. Ce dernier devait rester impartial, indifférent aux différentes croyances des individus. La mise en œuvre était alors *passive* : la neutralité de l'État correspondait à une neutralité par abstention. Or, il est apparu que cette appréhension de la neutralité était très critiquable, car le cadre de l'application du principe de neutralité excluait à l'origine certaines franges de la population. C'est pourquoi le principe doit également recouvrir une dimension active afin d'approfondir l'élément d'égalité. Cette dimension active de la neutralité de l'État est inhérente au fait que ce concept est envisagé en tant qu'idéal, et qu'ainsi, par définition, il peut toujours être approfondi. En cela, la dimension active, interventionniste de la neutralité permet d'enrichir, de parfaire, l'idéal de neutralité.

36. La difficulté de la neutralité de l'État repose donc principalement sur le cadre qui est donné à la neutralité, c'est-à-dire le cadre dans lequel elle s'applique. À l'intérieur de ce cadre, l'État doit être neutre vis-à-vis des choix individuels des citoyens ayant trait à leurs convictions personnelles, aux choix relevant de leur vie privée, de leur liberté de conscience.

Or, ce cadre non-neutre est dénoncé depuis le début de l'État moderne comme étant biaisé, et excluant certains pans de la population. L'universalisme des États contemporains est remis en cause du fait notamment qu'il s'incarne dans l'*ethos* majoritaire et que, par conséquent, les valeurs du Juste reflètent en réalité une vision du Bien : l'universalisme abstrait des sociétés libérales est de plus en plus assimilé à un impérialisme à part entière. C'est précisément sur ce cadre non-neutre de la neutralité que porte cette étude. L'existence de méta-valeurs – les valeurs du Juste – qui permettent de délimiter l'application de la neutralité met en évidence que le concept est un idéal, par définition imparfait et inabouti. Il ne s'agit pas seulement d'étudier les paradoxes de la neutralité, mais surtout de comprendre pourquoi ces paradoxes, loin de réfuter le principe, peuvent permettre au contraire de le développer et de l'enrichir, si tant est que l'on admette dès le départ que la neutralité est un idéal imparfait. L'impossibilité pour l'État d'être parfaitement *a-moral* n'empêche pas d'envisager que son action puisse tendre vers l'idéal de neutralité.

VI. PLAN DE LA THESE

37. La première partie de l'étude porte sur la naissance et la défense de l'idéal controversé de neutralité de l'État. Il s'agira, dans un premier temps, d'étudier les fondements intellectuels du concept de neutralité de l'État à travers une étude de son origine, et des révolutions intellectuelles, anthropologiques, politiques et juridiques qui ont permis au concept de neutralité d'émerger. Cette première étape est essentielle à l'appréhension de la définition du concept. Celle-ci nécessite de s'intéresser à la théorisation de la neutralité de l'État, qui a pris majoritairement place dans la pensée anglo-saxonne de la fin du XX^e siècle. Cette tentative de synthèse des différentes conceptions de la neutralité permettra de constater que le concept de neutralité de l'État ne doit pas être entendu comme un principe illimité, une exigence de neutralité totale, mais qu'au contraire il repose sur des « méta-valeurs » sur lesquelles l'exigence de neutralité ne s'applique pas, et qui constituent ainsi ses limites. La neutralité de l'État doit être ainsi entendue comme évoluant à l'intérieur d'un cadre qui, lui, n'est pas soumis à la même exigence. Les méta-valeurs qui constituent ce cadre reflètent les valeurs libérales des sociétés modernes et contemporaines. En cela, la liberté individuelle est à la fois au fondement de l'idée de neutralité, et en constitue également son idéologie. L'objectif est d'apporter une cohérence et une unité au concept, de faire, pour reprendre l'expression du

professeur O. Jouanjan, une « mise au point photographique »¹⁰⁰ sur laquelle se fondera la suite de l'étude (**Partie 1 Titre 1**).

38. Après avoir dégagé l'unité conceptuelle de la théorie neutralité de l'État, il s'agira d'étudier la manière dont ce concept s'est retranscrit dans la réalité des démocraties contemporaines. En effet, le concept de neutralité de l'État ne correspond pas à une notion claire et explicite du droit positif des États libéraux. Ceux-ci ont appréhendé l'exigence de neutralité inhérente aux valeurs libérales sans toutefois définir explicitement ce qu'elle recouvre. L'étude du droit positif des démocraties libérales nous permettra ainsi de mieux appréhender les limites à la neutralité, et d'observer la distinction entre la neutralité relative à la structure de base, qui ne comprend donc pas toutes les politiques étatiques, et les valeurs sur lesquelles celle-ci repose. Cette étude ne portera pas uniquement sur l'identification des normes, mais également sur les exigences et les valeurs qui les sous-tendent. Cette partie a donc pour vocation de constater le cadre de la neutralité, et la manière par laquelle cette exigence est appliquée et appréhendée par les démocraties contemporaines. Deux « modèles » de neutralité apparaissent : la mise en œuvre libérale et la mise en œuvre républicaine, qui se distinguent par leur manière d'appréhender la distinction entre le cadre de la neutralité et sa sphère d'application (**Partie 1 Titre 2**).

39. À l'époque contemporaine, les débats politiques et sociaux relatifs à l'identité et aux différences ont provoqué un renouveau des discussions relatives à la neutralité. Les revendications minoritaires et l'importance accrue de l'identité a mené à une profonde mutation du principe de neutralité. En effet, les critiques contemporaines mettent en lumière les insuffisances de la neutralité dans sa mise en œuvre *passive*, qui ne permet pas d'assurer de manière effective l'égalité des individus dans la recherche du Bien. Les critiques plus contemporaines de la neutralité libérale, contrairement aux critiques « historiques » de la neutralité, ne portent pas sur la possibilité de penser la neutralité, ni sur le fait que celle-ci valorise, en dernier ressort, la liberté individuelle. Elles montrent que le cadre dans lequel doit s'appliquer la neutralité, ne permet pas en réalité de manière égale la liberté individuelle, car le cadre exclut, dès ses origines, différentes parties de la population, des individus. Ces critiques ne portent donc pas sur le fait que la neutralité repose sur une idéologie de la liberté, mais que

¹⁰⁰ O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html>.

le primat de la liberté individuelle n'est pas *effectivement* assuré par l'État pour certaines catégories de population, en raison du caractère biaisé du cadre originel (**Partie 2 Titre 1**).

40. La mise en œuvre contemporaine du principe de neutralité montre que celui-ci a fait l'objet de plusieurs mutations dans son appréhension par les démocraties contemporaines. L'apparition d'une neutralité des *conséquences*, visant à égaliser les opportunités des individus dans leur recherche du Bien traduit la remise en cause de la mise en œuvre passive de la neutralité et l'importance croissante de l'élément d'égalité inhérent à la neutralité. Par ailleurs, la prise en compte croissante des différences traduit une mutation de l'objet de la neutralité, vers une neutralité vis-à-vis des identités. Cette mutation de la neutralité invite à un questionnement sur l'approfondissement de la recherche de neutralité et ses limites (**Partie 2 Titre 2**).

PARTIE I. NAISSANCE ET DEFENSE DE L'IDEAL CONTROVERSE DE NEUTRALITE DE L'ÉTAT

« [L]a caractéristique la plus frappante du libéralisme, celle qui le distingue tout autant du conservatisme que du socialisme, est l'idée que les convictions morales qui concernent les aspects du comportement personnel n'affectant pas directement la sphère protégée des autres personnes ne justifient aucune intervention coercitive. »

Friedrich Hayek¹⁰¹

41. Les fondements du concept de neutralité de l'État remontent à l'aube de l'État moderne. Ce concept prend sa source dans les théories de la tolérance civile et vise, comme ces dernières, un objectif de coexistence pacifique. La neutralité de l'État est, toutefois, distincte du concept de tolérance. Si elle naît avec l'essor de la pensée libérale, elle ne sera théorisée qu'à la fin du XX^e siècle dans la philosophie politique. La théorisation de la neutralité de l'État est, en particulier, celle de J. Rawls, qui la place au cœur du libéralisme politique. De fait, le concept de neutralité ne peut être antérieur à la pensée libérale qui prône un retrait de l'État dans une perspective de protection des individus et de leurs libertés. Il ne peut être antérieur à l'idée d'une supériorité du « Juste » sur les conceptions individuelles de la vie bonne. Le primat du Juste sur le Bien permet de comprendre les limites du concept. L'État doit être neutre, mais il ne peut l'être que dans une certaine mesure, la neutralité s'entendant comme enfermée dans certaines limites. En effet, les théoriciens de la neutralité – libéraux et républicains – l'ont envisagée comme un cadre, comme une sphère de non-intervention de l'État. Ainsi, l'État doit être neutre sur les questions du Bien, et non sur celles du Juste. La distinction entre le Juste et

¹⁰¹ F.A. von HAYEK, *La constitution de la liberté*, coll. « Liberalia : économie et liberté », Paris, Litec, 1994, p. 398.

le Bien sur laquelle repose le concept est toutefois source de confusions autour de la neutralité, et fut au cœur de ses premières critiques (**Titre 1**).

42. Si le concept de neutralité est source d'ambiguïtés, c'est également en raison de la distance entre sa théorisation et son appréhension dans les États contemporains. L'apparition de la neutralité dans les États contemporains fut à la fois implicite et progressive. Ce fut, en premier lieu, le cadre des droits de l'Homme qui annonçât l'idéal de paix et d'universalité inhérent à la neutralité. Si la neutralité sous-tend un certain nombre de notions du droit positif, elle n'apparaît que de manière parcellaire et non comme exigence explicite et générale. Si elle est mise en œuvre de manière différente selon la tradition libérale ou républicaine de l'État, elle répond en premier lieu – jusqu'à une période récente – à une exigence d'abstention de l'État, dans une perspective d'égale liberté (**Titre 2**).

Titre 1. L'idéal de neutralité de l'État en réponse imparfaite à la modernité

« [L]es lois n'ont pas à décider de la vérité des dogmes ; elles n'ont en vue que le bien et la conservation de l'État et des particuliers qui le composent. »

John Locke¹⁰²

43. La pensée politique moderne se caractérise par la place accordée à l'individu. Au fil de leurs écrits, les penseurs libéraux ont théorisé la manière dont l'État devait être organisé pour accorder la plus grande liberté possible aux individus et garantir leurs droits. Considéré comme le premier penseur libéral, J. Locke a posé les fondations du socle libéral, notamment dans deux ouvrages qui ont marqué l'histoire des idées politiques : la *Lettre sur la tolérance*¹⁰³ et le *Traité sur le gouvernement civil*¹⁰⁴. La tolérance civile, parce qu'elle est la première réponse libérale à la question de la coexistence des différentes croyances, à travers l'affirmation de la souveraineté de l'État et son retrait des questions religieuses, est à l'origine de l'idée de neutralité axiologique de l'État. Celle-ci n'a en effet pu être envisagée que dans des sociétés modernes, pluralistes, tolérantes, et, ainsi, libérales. C'est sur le socle libéral inauguré par J. Locke et bâti par les différents courants du libéralisme qu'a pu être construit le concept de neutralité de l'État, qui ne peut être pensé sans la reconnaissance préalable du primat de l'individu et de la nécessité de limiter le pouvoir de contrainte de l'État dans la sphère privée. Par définition, l'idée d'un État neutre quant aux différentes conceptions du bien est, en effet, impensable dans l'ordre ancien, entièrement organisé autour de valeurs. Si la neutralité est née du libéralisme, c'est parce que celui-ci est avant tout une « philosophie de la liberté »¹⁰⁵ (Chapitre 1).

¹⁰² J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, coll. « GF Flammarion », Paris, Flammarion, 2007, p. 199.

¹⁰³ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, op. cit.

¹⁰⁴ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement : essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, coll. « Épiméthée : essais philosophiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

¹⁰⁵ R. Polin et V. Llosa, cités par A. LAURENT, *La philosophie libérale : histoire et actualité d'une tradition intellectuelle*, Paris, Belles lettres, 2002, p. 51.

44. À la fin du XX^e siècle, le concept de neutralité de l'État fut introduit et théorisé par une partie des libéraux le considérant comme indétachable du libéralisme politique. La parution de la *Théorie de la justice* de J. Rawls a inauguré un important débat sur la plausibilité et la désirabilité de cet idéal de neutralité. L'apport de J. Rawls et de ses contemporains – comprenant des auteurs libéraux, républicains et communautariens – a été de proposer les premières théorisations explicites et approfondies du concept de neutralité de l'État. C'est pourquoi il est essentiel, avant d'approfondir la neutralité et de l'envisager dans un sens plus contemporain, de revenir sur ces premières théorisations, ce qui permettra de mieux comprendre, par la suite, les mutations du concept. La littérature secondaire sur les débats autour de la neutralité libérale ne manque pas : plusieurs monographies et articles livrent un état des lieux de toutes les théorisations de la neutralité libérale. Notamment, édité par R. Merrill et D. Weinstock, est paru en 2014 *Political neutrality : a Re-evaluation*¹⁰⁶, qui propose un état des lieux de ce qu'est la neutralité, du contenu du concept, de ses défenseurs et ses détracteurs. À l'aune de la littérature primaire et secondaire, il apparaît que le concept de neutralité de l'État, qui revêt une pluralité de conceptions, doit être envisagé comme un concept limité : l'exigence de neutralité de l'État ne peut être totale. Elle s'appréhende alors comme un cadre : la neutralité présuppose la primauté du Juste sur le Bien (**Chapitre 2**).

¹⁰⁶ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality: a re-evaluation*, op. cit.

Chapitre 1. Les fondements nécessaires à la réflexion sur le principe de neutralité de l'État

« Mais, messieurs, ce n'est pas même la tolérance que je réclame ; c'est la liberté. La tolérance ! le support ! le pardon ! la clémence ! idées souverainement injustes envers les dissidents, tant qu'il sera vrai que la différence de religion, que la différence d'opinion n'est pas un crime. La tolérance ! Je demande qu'il soit proscrit à son tour, et il le sera, ce mot injuste qui ne nous présente que comme des citoyens dignes de pitié, comme des coupables auxquels on pardonne, ceux que le hasard souvent et l'éducation ont amenés à penser d'une autre manière que nous. »

Rabaut Saint-Etienne¹⁰⁷

45. Un siècle de guerres idéologiques a mené les premiers penseurs libéraux à s'interroger sur la coexistence d'individus adhérents à des convictions religieuses divergentes, et à confronter la théorie politique au fait du pluralisme religieux. La tolérance, en tant que compromis politique et non plus seulement comme vertu morale individuelle, fut la première réponse apportée à la question de la résolution de ces conflits idéologiques. Le concept de neutralité de l'État, s'il puise ses fondements dans la tolérance moderne, est, quant à lui, bien plus récent, et n'a pu être théorisé que dans les sociétés libérales contemporaines. En effet, l'État neutre n'est pas un État tolérant. Les États libéraux contemporains, en ayant érigé la liberté individuelle en valeur suprême de la société et proclamé l'universalité des droits de l'Homme, ne sont plus réellement *tolérants*. En réalité, ils n'ont plus besoin de l'être : la liberté individuelle, dont la neutralité de l'État est le corollaire, permet à chaque individu de vivre selon ses propres valeurs – dans les limites des droits de l'Homme. L'État tolérant, dans sa perfection, devient un État de droit, et ainsi, les « droits de l'homme n'ont plus à être tolérants

¹⁰⁷ E. LAURENT et J. MAVIDAL (éds.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome VIII - Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789*, Paris, Librairie administrative P. Dupont, 1875, p. 479.

puisque'ils reconnaissent l'universalité des libertés fondamentales »¹⁰⁸. Parce qu'il ne doit plus prendre parti, l'État neutre ne peut plus *tolérer*. La neutralité de l'État – mais ce n'est pas une vision partagée par tous – a remplacé la tolérance.

46. Si les deux notions sont distinctes, elles sont néanmoins fortement liées. Il importe alors de revenir sur le passage d'un concept à l'autre et, plus précisément, d'étudier ce qui, dans la tolérance civile, peut être considérée comme l'origine du concept de neutralité de l'État. Les fondements de l'idée d'un État neutre, impartial quant aux croyances des individus, remontent, en effet, aux théories de la tolérance moderne édifiées au XVII^e siècle. Celles-ci sont profondément liées au concept de souveraineté : l'émancipation du politique à l'égard du religieux correspond en effet à un transfert de souveraineté. Le concept de souveraineté doit alors être envisagé comme un concept juridique visant à neutraliser les désaccords religieux. Avec l'invention de la souveraineté, l'État peut légitimement obliger les gouvernés à faire preuve de tolérance. Les concepts de souveraineté et de tolérance sont nés d'un objectif de *paix* : à l'aube de l'État moderne, la tolérance est envisagée comme un compromis politique au service de la paix civile, assuré et maintenu par le pouvoir souverain (**Section 1**).

47. C'est la volonté de rendre impossible de nouveaux conflits idéologiques qui fonde l'unité du libéralisme. La prise en compte du pluralisme religieux et l'émergence de politiques de tolérance ont progressivement donné naissance à l'État moderne. Toutefois, l'État tolérant n'est pas encore un État sécularisé : il n'est pas encore *neutre*. La réflexion sur l'idée d'une neutralité de l'État n'a pu apparaître que dans les sociétés ayant un ancrage libéral, c'est-à-dire dans les sociétés qui valorisent l'individu et ses libertés, et limitent le rôle de l'État. Le concept de neutralité de l'État repose sur les piliers du socle libéral apparus avec la Modernité (**Section 2**).

¹⁰⁸ J.-M. GROS, « Bayle, de la tolérance à la liberté de conscience », in *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 311.

SECTION 1. DE LA SOUVERAINETE A LA TOLERANCE CIVILE : LES PREMICES DU CONCEPT DE NEUTRALITE DE L'ÉTAT

48. Au sens moderne, l'idée de tolérance est relativement récente. En 1694, le *Dictionnaire de l'Académie française* définit le terme par « condescendance, indulgence pour ce qu'on ne peut empêcher »¹⁰⁹, ce qui témoigne d'un changement de sens : jusqu'alors, la tolérance était entendue comme la capacité à supporter un poids, un fardeau¹¹⁰. Au XVII^e siècle, la tolérance devient une vertu morale, individuelle¹¹¹, et prend alors son « premier » sens moderne. Avec les premières politiques majeures de tolérance religieuse adoptées en Europe, la tolérance devient également un compromis politique en matière religieuse : ce n'est pas seulement un *individu* qui peut faire preuve de tolérance, mais l'*État* lui-même. L'*État* *oblige* les croyants à faire preuve de tolérance à l'égard des pratiques et croyances religieuses. À la suite des premières politiques de tolérance civile, mais aussi de leur remise en cause – notamment par la révocation de l'édit de Nantes – les premières théories de la tolérance apparaissent dans la littérature et le mot tolérance prend alors un sens plus actif, et signifie « faire preuve d'ouverture en matière religieuse »¹¹². Cette acception s'ajoute à son premier sens moderne de « supporter avec indulgence » ou « supporter patiemment ce que l'on trouve injuste, désagréable »¹¹³, c'est-à-dire qu'elle est toujours entendue comme une tolérance *envers l'erreur*. En effet, l'« ouverture » dont faisaient preuve les premières politiques de tolérance, comme l'édit de Nantes de 1598 ou l'Acte de Tolérance de 1689, était très limitée : ces politiques accordaient des droits en matière de liberté de culte, mais ces droits étaient peu étendus, et les discriminations religieuses continuèrent pendant près de deux siècles dans la majorité des pays européens. Les actes de tolérance ne correspondaient alors pas à la proclamation et à la protection de la liberté de conscience au sens général, mais à des compromis politiques au service de la paix civile.

49. La tolérance fut ainsi adossée à l'État et envisagée dans le domaine particulier de la religion. C'est ce sens nouveau du mot tolérance qui serait, pour de nombreux auteurs, à

¹⁰⁹ J.-M. GROS, « Introduction », in *De la tolérance : commentaire philosophique*, coll. « Vie des huguenots », n° 39, Paris, Champion, 2006, pp. 13-14.

¹¹⁰ A. REY, « Tolérer », *Dictionnaire historique de la langue française : contenant les mots français en usage et quelques autres délaissés*, Paris, Le Robert, 1994, p. 2128.

¹¹¹ J.-M. VIENNE, « La tolérance, de Spinoza à Locke », *Études littéraires*, avril 2005, vol. 32, n° 1-2, pp. 125-126.

¹¹² A. REY, « Tolérer », art. cit., p. 2128.

¹¹³ *Ibid.*

l'origine du concept de neutralité de l'État¹¹⁴. La tolérance étudiée ici comme origine de la neutralité est donc la tolérance en tant que compromis politique, qui correspond à « l'acceptation résignée de la différence dans l'intérêt du maintien de la paix »¹¹⁵, et non à la tolérance en tant que vertu morale individuelle. Ainsi, en tant que posture politique, la tolérance, aux XVI^e et XVII^e siècles¹¹⁶, a pour objet de résoudre la question de la coexistence de plusieurs religions dans un même État. Cet objectif de coexistence entre des individus adhérents à des croyances différentes est le point de départ de l'idée de neutralité de l'État. La pacification interne nécessitait l'émancipation du politique à l'égard du religieux – rendant la notion juridique de souveraineté indétachable de la tolérance – qui a permis les premières défenses de la tolérance au sens moderne (§1). Cette filiation entre tolérance et neutralité ne fait toutefois pas l'unanimité au sein des penseurs de la neutralité (§2).

§1. La coexistence pacifique comme objectif de la tolérance civile

50. Les premiers actes de tolérance, comme l'édit de Nantes, apparaissent comme des actes de *souveraineté*. L'introduction de la notion juridique et politique de souveraineté a permis l'émergence de politiques et de théories relatives à la tolérance. C'est la notion de souveraineté, « pensée comme un moyen de surmonter la division religieuse », qui a permis à l'État « d'imposer à tous ses sujets la tolérance religieuse »¹¹⁷. Ainsi, comme le rappelle O. Beaud, c'est grâce à la souveraineté que « la politique de tolérance religieuse [a connu] une traduction juridique exemplaire avec la politique de Henri IV »¹¹⁸. La tolérance moderne, à partir du XVI^e siècle, fait l'objet d'un « double mouvement » avec la construction de la notion *juridique* de souveraineté et l'émergence de théories de la tolérance défendant les droits de la conscience individuelle¹¹⁹. L'invention de la souveraineté était nécessaire au maintien de

¹¹⁴ Pour J. Rawls, « l'origine historique du libéralisme politique (et du libéralisme plus généralement) est bien la Réforme protestante et ses conséquences ainsi que les longues controverses sur la tolérance religieuse des XVI^e et XVII^e siècles » (J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 13).

¹¹⁵ M. WALZER, *Traité sur la tolérance*, coll. « NRF Essais », Paris, Gallimard, 1998, p. 26.

¹¹⁶ J. LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, I, coll. « Théologie : études », n° 31, Paris, Montaigne, 1955.

¹¹⁷ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 68.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 67.

¹¹⁹ J. SAADA-GENDRON, « La tolérance et les limites de la souveraineté », *Revue des Deux Mondes*, 1999, p. 342.

l'ordre et à la coexistence pacifique des individus au sein de l'État (I), et à l'émergence de la tolérance civile comme compromis politique (II).

I. La notion de souveraineté au service de la paix civile

51. La souveraineté, qui correspond à « l'autorité suprême dans le corps politique »¹²⁰, a rendu possible la tolérance civile. Ce caractère suprême du pouvoir souverain signifie « que ce pouvoir n'en admet aucun autre, ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui »¹²¹. La souveraineté relève à la fois du domaine juridique et du domaine politique, car sa proximité avec la question de la légitimité – l'État est légitime parce qu'il est le souverain – la lie à la philosophie politique¹²². Dans son acception moderne, elle est apparue en Europe de l'Ouest au XVI^e siècle, et avait précisément pour but de répondre aux conflits causés par les guerres de religion. E.-W. Böckenförde se réfère à cet aspect « historique » dans son célèbre chapitre intitulé « La naissance de l'État, processus de sécularisation »¹²³, qui a participé à la genèse de l'État moderne. Si les politiques de tolérance ne furent pas le fruit d'États sécularisés, elles furent néanmoins une étape majeure dans le processus de sécularisation, car elles permirent l'accroissement et la sécularisation des *fonctions* de l'État¹²⁴. L'apparition du concept de souveraineté correspond à l'affirmation du pouvoir souverain du Roi et à la subordination de la puissance religieuse au pouvoir temporel. L'invention de la souveraineté¹²⁵ est ainsi concomitante à la construction de l'État moderne.

52. À l'origine, le concept de souveraineté est né de l'autonomisation du pouvoir impérial, mais surtout, de la fin de la puissance impériale¹²⁶. Les rois d'Occident, à partir du XII^e siècle ont utilisé la notion de souveraineté pour affirmer leur indépendance par rapport aux empires¹²⁷. À cette époque, « [...] *suverain* ou *soverain* n'est utilisé que pour désigner, à l'image de Dieu qui détient l'autorité suprême, celui qui dans son genre se trouve placé au-

¹²⁰ A. RIGAUDIERE, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, novembre 1993, n° 67, p. 5.

¹²¹ CARRE DE MALBERG, *C.I.* 70, cité par É. MAULIN, « Souveraineté », *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{re} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1435.

¹²² O. BEAUD, « Souveraineté. Souveraineté, puissance, pouvoir », *Dictionnaire de philosophie politique*, 1^{re} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 735.

¹²³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, coll. « La pensée juridique », Bruxelles ; Paris, Bruylant ; LGDJ, 2000, p. 102.

¹²⁴ J. SAADA-GENDRON, « La tolérance et les limites de la souveraineté », art. cit., p. 343.

¹²⁵ Il s'agit ici de souveraineté *interne* : avant l'apparition de l'État moderne, souveraineté interne et souveraineté externe n'étaient pas dissociées (D. GRIMM, « La souveraineté », in *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1, Théorie de la Constitution*, coll. « Traités Dalloz », Paris, Dalloz, 2012, p. 551).

¹²⁶ A. RIGAUDIERE, « L'invention de la souveraineté », art. cit., p. 6.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 8.

dessus des autres et les dépasse »¹²⁸. Le souverain, au Moyen-Âge, était donc « celui qui restait le maître en dernier ressort de l'usage de la prérogative »¹²⁹. Néanmoins, parce que le monarque n'était pas titulaire de tous les pouvoirs, du fait du système féodal dans lequel s'inscrivait la monarchie, la souveraineté n'était ni unitaire ni illimitée¹³⁰. Entre le XII^e et le XVI^e siècle, avec la redécouverte du droit romain, la notion de souveraineté royale apparaît et est utilisée par les monarques pour asseoir leur autorité vis-à-vis de l'empereur. Mais ce n'est qu'au XVI^e siècle que le concept de souveraineté fut réellement systématisé et devient l'un des traits distinctifs de l'État : sa paternité est attribuée à J. Bodin, qui l'a conceptualisé et lui a donné son sens actuel. Le sens de la souveraineté s'est ainsi profondément modifié lors de l'émergence de l'État moderne au XVI^e siècle.

53. Le contexte dans lequel J. Bodin a théorisé la souveraineté, est celui des guerres de religion, desquelles la souveraineté est indissociable. À cette époque, la distinction entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel était déjà établie, et, selon la répartition de ces pouvoirs, il revenait au pouvoir temporel d'assurer la foi et l'unité religieuse, et donc de condamner les infidèles¹³¹. À rebours de ces politiques de répression, plusieurs voix se sont élevées en faveur de la paix. En 1562, M. de l'Hospital, Chancelier du Roi de France, prononça, devant le Conseil du Roi, un discours dans lequel il défend l'idée que la coexistence pacifique entre les différentes religions – ce qu'O. Christin nomma plus tard la « paix de religion »¹³² – prime sur la question de la « vraie religion »¹³³. Mais c'est en particulier à partir du massacre de la Saint-Barthélémy qu'apparaît un mouvement – nommé « les Politiques » – défendant la paix civile. La spécificité des *Politiques*, à laquelle ils doivent leur nom, réside dans l'idée qu'il n'appartient pas à l'État de trancher la question de la vérité religieuse, mais seulement d'assurer la paix civile¹³⁴. C'est ici qu'intervient la notion de souveraineté : pour établir cette paix formelle, l'unité du pays garantie et maintenue par le pouvoir temporel du Roi était nécessaire. Les *Politiques* considéraient que les guerres de religion n'apportaient que des souffrances, et que, pour cette raison, il fallait que la paix formelle prime sur la paix de religion¹³⁵. Si les *Politiques* ne niaient pas l'importance de l'unité confessionnelle, ils avaient la volonté de résoudre le conflit de

¹²⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹²⁹ D. GRIMM, « La souveraineté », art. cit., p. 554.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 554-555.

¹³¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », art. cit., p. 107.

¹³² O. CHRISTIN, *La paix de religion : l'autonomisation de la raison politique au XVI^e siècle*, coll. « Liber », Paris, Seuil, 1997.

¹³³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », art. cit., p. 103.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 109.

¹³⁵ *Ibid.*

manière *politique*, en reléguant la question religieuse à l'extérieur de la sphère du pouvoir temporel. Ils considéraient en effet que, si la paix religieuse était difficilement réalisable, la paix civile était, elle, possible grâce au pouvoir temporel¹³⁶. Avec les *Politiques*, « la question de la religion devient neutre, du point de vue de l'État »¹³⁷.

54. Prenant acte des bouleversements apportés par les guerres de religion et l'effondrement du système féodal¹³⁸, J. Bodin considérait, avec les *Politiques* dont il faisait partie, que la recherche de la « vraie religion » ne menait qu'à la guerre, et, dès lors, qu'il fallait privilégier la paix civile à la paix religieuse. Or, pour aboutir à la paix et à la coexistence des religions, le pouvoir – en la personne du Roi – devait être en mesure d'*obliger* les croyants à coexister de manière pacifique par-delà leurs croyances religieuses divergentes. Dans les *Six Livres de la République*, parus en 1576¹³⁹, J. Bodin utilise le concept de souveraineté comme réponse à la situation de conflits internes : le titulaire du pouvoir doit être en mesure d'exercer un pouvoir de contrainte afin de mettre fin aux conflits religieux¹⁴⁰. Il définit la souveraineté comme la puissance absolue et perpétuelle de la République, c'est-à-dire que le pouvoir du souverain ne peut être qu'autolimité. La souveraineté est le monopole de la puissance publique : le pouvoir souverain détient l'*imperium*. L'un des principaux apports de la théorie de J. Bodin est que sa définition de la souveraineté est *juridique*, car il considère que la « première marque du prince souverain est la puissance de donner la loi à tous en général et à chacun en particulier »¹⁴¹. La loi est l'expression de la volonté du souverain. Cet auteur classe donc le pouvoir législatif comme premier attribut de la souveraineté : ce pouvoir législatif montre que le Roi est au-dessus des lois. Par ailleurs, en associant le pouvoir législatif au monarque, il rompt avec la conception médiévale de la souveraineté, centrée autour du pouvoir judiciaire. Il y ajoute le droit de guerre et de paix, la nomination des fonctionnaires, le pouvoir judiciaire et le droit de grâce¹⁴². Ce pouvoir de contrainte doit revenir au Roi uniquement, au sommet de la pyramide féodale, l'unicité de la souveraineté exigeant un souverain unique¹⁴³. Chez J. Bodin, la souveraineté est *monarchique* : le monarque est le souverain, mais il dissocie le monarque de l'État. Néanmoins, la souveraineté peut avoir différents titulaires, et c'est précisément

¹³⁶ D. GRIMM, « La souveraineté », art. cit., p. 557.

¹³⁷ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 65.

¹³⁸ D. GRIMM, « La souveraineté », art. cit., p. 556.

¹³⁹ Soit peu de temps après le massacre de la Saint-Barthélemy, en 1572.

¹⁴⁰ D. GRIMM, « La souveraineté », art. cit., p. 557.

¹⁴¹ J. BODIN, *Les six livres de la République*, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », Paris, Fayard, 1986., Livre I, Chapitre X. *Des vraies marques de souveraineté*.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ D. GRIMM, « La souveraineté », art. cit., p. 558.

l'analyse des titulaires de la souveraineté qui permet de déterminer la forme de l'État¹⁴⁴. Selon lui, la monarchie est le régime politique idéal, mais il reconnaît que la souveraineté n'est pas nécessairement monarchique. Ainsi, avec J. Bodin, la « souveraineté n'est plus nécessairement royale, mais elle n'est pas encore tout à fait étatique », car elle « contribue seulement, en fonction de ceux qui en sont titulaires, à déterminer la forme que prend l'État »¹⁴⁵. À partir de cette théorie, le concept de souveraineté désigne « un pouvoir unifié, indivisible et suprême attribué à un être impersonnel, l'État »¹⁴⁶. Avec le concept de souveraineté, qui permet de distinguer l'État du titulaire du pouvoir, l'État apparaît dans sa forme moderne. J. Bodin a donc conceptualisé de manière nouvelle la notion de souveraineté, jusqu'alors envisagée de manière plurielle et concrète. Sa théorie de la souveraineté est utilisée à des fins de pacification : l'objectif de la domination politique est de mettre fin aux guerres de religion et d'assurer la paix civile par la contrainte, en reléguant la question de la foi dans la sphère privée. Ainsi, J. Bodin « fait de la souveraineté l'instrument juridique capable de mener à bien cette politique [de tolérance religieuse] »¹⁴⁷.

55. L'invention et la systématisation du concept de souveraineté marquèrent une véritable rupture dans l'histoire politique européenne. L'« unité politico-religieuse »¹⁴⁸ qui existait au Moyen-Âge, dans laquelle il n'y avait donc pas de séparation entre le « spirituel » et le « temporel »¹⁴⁹, est devenue, avec l'affirmation de la souveraineté royale, « un conflit de souveraineté » entre ces deux pouvoirs¹⁵⁰. À partir de J. Bodin, et plus généralement de la fin du Moyen-Âge, il s'agissait d'assurer la primauté du pouvoir temporel, qui permettait au monarque de se prononcer sur les questions religieuses dans le but d'assurer la paix civile. Le lien entre le concept de souveraineté et celui de tolérance civile apparaît en particulier dans

¹⁴⁴ J. BODIN, *Les six livres de la République*, op. cit., Livre II, Chapitre I, *De toutes [les] sortes de Républiques en général, et s'il y en a plus de trois* : « [Ce qu'est] l'état d'une République. Puisque nous avons dit de la souveraineté, et des droits et marques [de celle-ci], il faut voir en toute République, ceux qui tiennent la souveraineté, pour juger quel est l'état : comme si la souveraineté gît en un seul Prince, nous l'appellerons Monarchie ; si tout le peuple y a part, nous dirons que l'état est populaire ; s'il n'y a que la moindre partie du peuple, nous jugerons que l'état est Aristocratique. [Nous] userons de ces mots pour éviter la confusion. [...] »

La qualité ne change pas la nature des choses. Puisque donc la qualité ne change pas la nature des choses, nous dirons qu'il n'y a que trois états, ou trois sortes de Républiques, à savoir la Monarchie, l'Aristocratie, et la Démocratie ; la Monarchie s'appelle quand un seul a la souveraineté, comme nous avons dit, et que le reste du peuple n'y a que voir ; la Démocratie, ou l'état populaire, quand tout le peuple, ou la plupart [du peuple], en corps a la puissance souveraine ; l'Aristocratie, quand la moindre partie du peuple a la souveraineté en corps, et donne loi au reste du peuple, soit en général, soit en particulier ».

¹⁴⁵ A. RIGAUDIERE, « L'invention de la souveraineté », art. cit., p. 16.

¹⁴⁶ O. BEAUD, « Souveraineté. Souveraineté, puissance, pouvoir », art. cit., pp. 735-736.

¹⁴⁷ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 67.

¹⁴⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », art. cit., p. 104.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 103.

¹⁵⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 63.

l'œuvre d'H. Grotius. Dans son ouvrage *De imperio summarum potestatum circa sacra* publié en 1647, il lie explicitement les concepts de tolérance et de souveraineté. La théorie de H. Grotius s'inscrit également dans le contexte des guerres de religion, dans lesquelles il prend directement part¹⁵¹, et défend la paix et la tolérance. Dans l'œuvre de H. Grotius, le souverain, titulaire de la *summa potestas*¹⁵², est « celui qui décide en dernier ressort »¹⁵³ : il n'y a pas d'autorité supérieure à celle du souverain. Cela ne signifie pas, pour l'auteur, que le pouvoir du souverain est illimité : il rencontre des limites à la fois « par la loi de la nature et par les lois divines positives s'appliquant à son peuple »¹⁵⁴. Dans *De imperio*, H. Grotius déduit de la souveraineté la subordination du pouvoir spirituel au pouvoir temporel. Il ne peut y avoir qu'un seul souverain, et celui-ci est le pouvoir temporel *uniquement* – en raison de l'unité et de l'indivisibilité de la souveraineté¹⁵⁵ – auquel est donc subordonné le pouvoir spirituel. Le magistrat souverain est légitime à l'intervention dans les « choses sacrées », car il ne peut y avoir de distinction entre les « choses sacrées » et les choses profanes¹⁵⁶. H. Grotius utilise donc le concept de souveraineté pour justifier l'intervention du souverain dans les « choses sacrées ». Le *ius circa sacra*¹⁵⁷ découle du concept de souveraineté, et a pour conséquence que le souverain peut intervenir dans les choses sacrées. Le pouvoir spirituel est ainsi subordonné au pouvoir temporel. Toutefois, le *ius circa sacra* ne doit pas être utilisé par le souverain pour des politiques d'intolérance et de persécution : au contraire, H. Grotius défend l'idée du « bon usage » du *ius circa sacra* au service de la tolérance : il ne doit alors servir qu'à intervenir dans une optique de paix et de maintien de l'unité sociale¹⁵⁸. La tolérance est ainsi rendue possible par les pouvoirs du souverain.

56. La souveraineté ne correspond pas à la neutralité de l'État, mais à « un accroissement de ses prérogatives ainsi qu'[à] une définition sécularisée de ses fonctions »¹⁵⁹. C'est l'invention et la systématisation de la souveraineté qui a permis à l'État de mettre en œuvre des politiques de tolérance, et d'adopter la tolérance comme compromis politique. La tolérance civile est née de l'affirmation de la souveraineté de l'État absolutiste. Les politiques

¹⁵¹ C. BEAL, « Grotius et le *ius circa sacra* », *Dix-septième siècle*, 2008, n° 4, p. 713.

¹⁵² H. Grotius définit la *summa potestas* comme « l'homme ou l'assemblée qui a autorité sur le peuple et qui n'est soumis qu'à l'autorité de Dieu » (cité par *Ibid.*, p. 714).

¹⁵³ C. LARRERE, « Grotius », *Dictionnaire de philosophie politique*, 1ère éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 298.

¹⁵⁴ J.H. BURNS, *Histoire de la pensée politique moderne*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 466.

¹⁵⁵ C. BEAL, « Grotius et le *ius circa sacra* », art. cit., p. 717.

¹⁵⁶ J.H. BURNS, *Histoire de la pensée politique moderne*, op. cit., p. 466.

¹⁵⁷ C. BEAL, « Grotius et le *ius circa sacra* », art. cit.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 722-724.

¹⁵⁹ J. SAADA-GENDRON, « La tolérance et les limites de la souveraineté », art. cit., p. 343.

de tolérance n'ont été possibles qu'à partir du moment où l'État comptait, au sein de ses fonctions, celle de gardien des croyances. La souveraineté permit à l'État d'avoir, « au-delà et indépendamment de toute religion ou d'une religion déterminée, une base et une universalité nouvelles »¹⁶⁰. Elle a remplacé la légitimité divine du monarque : celui-ci est légitime parce qu'il est le titulaire de la souveraineté. Avec la souveraineté, le monarque se voit reconnaître « un véritable droit naturel sur lequel le souverain lui-même ne peut avoir de prise car ce droit est la condition de possibilité de son pouvoir »¹⁶¹. La systématisation du concept de souveraineté correspond ainsi à une sorte de sacralisation du pouvoir temporel. La souveraineté est utilisée, par ses principaux théoriciens, comme une notion au service de la paix civile. L'État souverain peut désormais être tolérant.

II. Les premières défenses de la tolérance au sens moderne : Locke et Bayle

57. La notion moderne de tolérance est apparue conjointement chez J. Locke en Angleterre et P. Bayle en France à la fin du XVII^e siècle. Les problèmes relatifs au politique et au religieux sont alors particulièrement prégnants en Europe et soulèvent de nombreuses questions sur les rapports entre l'Église et l'État. J. Locke et P. Bayle ont édifié leurs théories de la tolérance en réponse à ces questionnements, ce qui marqua le passage de la tolérance religieuse à la tolérance civile. La tolérance civile « implique [...] que l'État commence à prendre ses distances par rapport aux décisions du pouvoir spirituel »¹⁶².

58. J. Locke est considéré à la fois comme le premier penseur libéral, mais également comme le premier défenseur de la neutralité de l'État. Il défend l'idée selon laquelle la religion est une affaire relative à la sphère privée des citoyens, et qu'ainsi, il ne revient pas au magistrat civil d'user de la contrainte en matière religieuse. Sa proposition porte donc à la fois sur la tolérance – de manière limitée – mais aussi, et surtout, sur la neutralité de l'État au sens de non-intervention. Son œuvre, en particulier sa *Lettre sur la tolérance*¹⁶³, est ainsi fondamentale pour l'étude des origines de la neutralité (A).

¹⁶⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », art. cit., p. 102.

¹⁶¹ É. MAULIN, « Souveraineté », art. cit., p. 1435.

¹⁶² É. LABROUSSE, « Tolérance », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 814.

¹⁶³ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, op. cit.

59. Le nom de P. Bayle est moins souvent cité dans les écrits relatifs à la neutralité. Néanmoins, l'étude de son œuvre est tout aussi pertinente pour l'étude des fondements de la neutralité, car il propose une vision particulièrement moderne de la tolérance ; il tente, dans son *Commentaire philosophique*¹⁶⁴, de fonder *philosophiquement* la tolérance. En offrant une véritable défense de la liberté de conscience, P. Bayle a inauguré le lien entre la tolérance et la liberté¹⁶⁵, cette dernière étant au cœur de la neutralité (B).

A) La Lettre sur la tolérance de John Locke : une tolérance limitée

60. L'*Epistola de tolerantia* de J. Locke, parue pour la première fois en 1689, est à la fois considérée comme le « point de départ » de la réflexion autour de la tolérance¹⁶⁶, mais aussi comme le premier écrit défendant la neutralité de l'État¹⁶⁷. Par conséquent, ainsi que le formule D. Herzog, « tout compte-rendu de la neutralité libérale doit tenir compte de la *Lettre* ou alors avoir une très bonne raison de son absence »¹⁶⁸. Néanmoins, la *Lettre* n'est pas le premier écrit de J. Locke sur la tolérance : en 1660, ses premiers écrits¹⁶⁹ évoquent déjà les questions relatives à l'intervention du magistrat civil dans les questions spirituelles et en 1667, il écrit son *Essai sur la tolérance*¹⁷⁰. C'est vingt ans plus tard, dans sa *Lettre sur la tolérance*, que J. Locke délivre sa théorie la plus aboutie de la tolérance et propose la première défense de la neutralité de l'État. Dans sa *Lettre*, il prône la séparation de l'État et de l'Église, et défend l'idée selon laquelle l'État doit s'abstenir d'agir par la contrainte dans le domaine des croyances et des pratiques religieuses. En appréhendant la tolérance du point de vue de l'État et non de l'individu, J. Locke a lié le concept de tolérance à celui de neutralité.

61. La tolérance, chez J. Locke et ses contemporains, a pour objectif de résoudre la question de la coexistence d'individus adhérant à des religions différentes. La *Lettre* a, en effet,

¹⁶⁴ P. BAYLE, *De la tolérance : commentaire philosophique*, coll. « Vie des huguenots », n° 39, Paris, Champion, 2006.

¹⁶⁵ J. BAUBEROT et M. KNEUBÜHLER, *De la tolérance aux droits de l'homme : La laïcité entre la tolérance et la liberté*, coll. « Inventaire », Grigny, Paroles d'Aube, 1998, p. 148.

¹⁶⁶ R. KLIBANSKY, « Préface », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVİK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998, p. XXXI.

¹⁶⁷ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality: a re-evaluation*, op. cit., p. 13.

¹⁶⁸ Don Herzog, cité par D. MCCABE, « John Locke and the Argument Against Strict Separation », *The Review of Politics*, 1997, vol. 59, n° 2, p. 235 (traduction libre).

¹⁶⁹ J. LOCKE, *Two tracts on government*, London, Cambridge University Press, 1967.

¹⁷⁰ Sur les écrits de J. Locke relatif à la tolérance avant l'*Epistola de tolerantia*, voir l'introduction de J.-F. Spitz à la *Lettre* : J.-F. SPITZ, « Introduction », in *Lettre sur la tolérance*, coll. « GF Flammarion », Paris, Flammarion, 2007, pp. 11-97.

été écrite en réaction aux conflits idéologiques sévissant en Angleterre et dans le reste de l'Europe. Cet objectif de paix, J. Locke l'énonce explicitement dès les premières pages :

« [...] je crois qu'il est d'une nécessité absolue de distinguer ici, avec toute l'exactitude possible, ce qui regarde le gouvernement civil, de ce qui appartient à la religion, et de marquer les justes bornes qui séparent les droits de l'un et ceux de l'autre. Sans cela, il n'y aura jamais de fin aux disputes qui s'élèveront entre ceux qui s'intéressent, ou qui prétendent s'intéresser, d'un côté au salut des âmes, et de l'autre au bien de l'État »¹⁷¹.

La paix ne peut être atteinte que par la tolérance, car la diversité des croyances est un fait « qu'on ne saurait éviter »¹⁷². Le philosophe considère donc que cette pluralité est un fait acquis, sur lequel on ne peut revenir. Cette reconnaissance du fait pluraliste, du caractère parfois inconciliable des conceptions du bien, est au cœur de l'idéologie libérale. En revanche, il n'y a pas, chez J. Locke, de défense du pluralisme : il ne croit pas, semble-t-il, en la *valeur* du pluralisme¹⁷³, c'est-à-dire en l'idée que cette diversité de croyances rend la société meilleure. Il défend simplement l'idée que ce n'est pas la diversité en tant que telle qui est à l'origine des guerres de religion, mais bien le refus de la tolérance :

« Ce n'est pas la diversité des opinions, qu'on ne saurait éviter, mais le refus de la tolérance qu'on pourrait accorder, qui a été la source de toutes les guerres et de tous les démêlés qu'il y a eu parmi les chrétiens, sur le fait de la religion. »¹⁷⁴

La tolérance a donc pour but d'assurer la paix au sein d'un État – dont le seul objectif est l'établissement, la conservation et l'avancement des intérêts civils des individus¹⁷⁵ – et cette tolérance est mise en œuvre par *l'absence d'intervention de l'État dans la sphère religieuse*.

62. Le point de départ de la théorie de J. Locke est une réflexion sur les fonctions de l'État : il distingue entre les tâches qui incombent au magistrat civil et celles qui incombent à l'Église, et défend la séparation entre ces deux sphères, car c'est « confondre le ciel avec la terre que de vouloir unir ces deux sociétés, qui sont tout à fait distinctes, et entièrement différentes l'une de l'autre, soit par rapport à leur but ou à leurs intérêts »¹⁷⁶. Il prône donc une séparation entre le pouvoir public – le magistrat civil – et la sphère religieuse. Penseur de l'État,

¹⁷¹ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, op. cit., pp. 167-168.

¹⁷² *Ibid.*, p. 212.

¹⁷³ J.-F. SPITZ, « Quelques difficultés de la théorie lockienne de la tolérance », in *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études*, Fondements de la politique, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 145.

¹⁷⁴ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, op. cit., p. 212.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 168.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 179.

le philosophe s'interroge dans un premier temps sur la nature de l'autorité politique et montre que la seule fonction que peut assurer l'État est la sauvegarde des intérêts temporels de ses sujets : la vie, la liberté et la propriété des biens. Dans cette logique, les croyances religieuses ne doivent pas être contraintes tant qu'elles ne nuisent pas aux intérêts temporels des autres sujets. Seuls sont légitimes les pouvoirs indispensables au maintien des intérêts temporels des individus¹⁷⁷. L'affirmation fondamentale de la *Lettre sur la tolérance* est donc que l'État, alors envisagé comme étant chargé d'assurer le bien-être spirituel de ses sujets, devrait au contraire être une organisation séculière¹⁷⁸.

63. Dans la théorie de J. Locke, la non-intervention de l'État en matière religieuse a, à la fois un fondement « politique » – le magistrat n'est pas légitime à utiliser la force en matière religieuse car telle n'est pas sa mission – et un fondement « spirituel » – la contrainte n'est pas compatible avec la religion, qui s'entremêlent tout au long de son argumentation. Le fondement théologico-politique de l'absence d'intervention de l'État dans la sphère religieuse repose sur trois arguments¹⁷⁹. Tout d'abord, en partant de l'affirmation selon laquelle Dieu n'a pas pu confier le soin des âmes au gouvernement, car il n'autorise aucun homme à contraindre un autre sur ses croyances¹⁸⁰, l'auteur en déduit que même le peuple n'aurait pas pu confier un tel pouvoir au magistrat civil car nul ne peut abandonner « le soin de son âme », et ainsi, confier un tel pouvoir au magistrat serait irrationnel¹⁸¹ et impossible à tenir, car personne ne peut s'engager à croire ce qu'il lui ait commandé de croire. La foi est indépendante de la volonté, et c'est pourquoi le peuple ne peut confier un tel pouvoir au magistrat. J. Locke se place ainsi dans le contexte où le magistrat civil détient ses pouvoirs des citoyens et non de Dieu¹⁸². Par ailleurs, en raison de la nature même du pouvoir du magistrat civil, qui est « borné à la force extérieure », le magistrat civil ne peut avoir de pouvoir sur le « soin des âmes »¹⁸³, qui, comme l'explique J. Locke, ne peut être contrainte par l'extérieur. Cet argument est expliqué par le fait que, pour contraindre, le magistrat civil doit utiliser la force, et donc des peines, car « les lois n'ont aucune

¹⁷⁷ J.-F. SPITZ, « Introduction », art. cit., pp. 15-16.

¹⁷⁸ I. HARRIS, « Tolérance, Église et État chez Locke », in *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIII^e siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 177.

¹⁷⁹ Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIII^e siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. XIII.

¹⁸⁰ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, op. cit., pp. 168-169 : « Dieu n'a pas commis le soin des âmes au magistrat civil, plutôt qu'à toute autre personne, et qu'il ne paraît pas qu'il ait jamais autorisé aucun homme à forcer les autres à recevoir sa religion ».

¹⁸¹ J.-F. SPITZ, « Quelques difficultés de la théorie lockienne de la tolérance », art. cit., p. 120.

¹⁸² J.-F. SPITZ, « Introduction », art. cit., p. 56.

¹⁸³ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, op. cit., p. 169.

vigueur sans les peines »¹⁸⁴ ; or, les peines n'ont pas d'incidence sur l'esprit, et sont ainsi inutiles dans le domaine de la foi. Les croyances religieuses ne peuvent être forcées, car elles sont indépendantes de la volonté des individus. C'est pourquoi le fait de contraindre des croyances religieuses à des individus n'y adhérant pas intérieurement est contraire à l'idée même de religion. Il y a donc une « inadéquation » entre les pouvoirs du magistrat civil et l'objectif de salut des âmes¹⁸⁵. Le magistrat civil ne peut se voir confier une mission matériellement impossible à mener à bien¹⁸⁶. Enfin, J. Locke explique que, même si le magistrat civil utilisait la force pour contraindre les croyances et y parvenait, « tout cela ne servirait à rien pour le salut de leurs âmes »¹⁸⁷. En effet, le chemin vers le salut est unique, tandis que les princes sont partagés sur le fait de religion, et ainsi, seul un pays mènerait ses citoyens vers le salut, tandis que les citoyens d'autres États suivraient leurs princes « vers le chemin de la perdition »¹⁸⁸. Ainsi, pour ces raisons théologico-politiques, le magistrat civil ne peut utiliser ses pouvoirs coercitifs en matière religieuse – tant au niveau des croyances qu'au niveau des pratiques du culte – car l'utilisation de tels pouvoirs ne serait pas légitime. Du fait de la nature même du pouvoir du magistrat civil – le pouvoir de contraindre par la force – et du caractère « personnel » des croyances religieuses, la contrainte en matière religieuse ne peut avoir pour seule conséquence que le désordre civil. Pour cette raison, l'État doit abandonner le gouvernement des âmes.

64. Dans la dernière partie de sa *Lettre*, J. Locke détermine les limites de la tolérance, qui se trouvent dans le fait que les actions défendues dans la vie civile doivent également être interdites si elles sont rattachées à un culte¹⁸⁹. Les limites à la tolérance se trouvent ainsi dans ce qui peut être dommageable à l'État¹⁹⁰ : une pratique religieuse peut et doit être interdite si elle porte atteinte au bien public. Par ailleurs, une limite majeure à la tolérance défendue dans

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 170.

¹⁸⁵ J.-F. SPITZ, « Quelques difficultés de la théorie lockienne de la tolérance », art. cit., p. 120.

¹⁸⁶ J.-F. SPITZ, « Introduction », art. cit., p. 57.

¹⁸⁷ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance*, op. cit., p. 170.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 171.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 192-193 : « Ensuite, le magistrat n'ayant nul doit de prescrire à quelque Église que ce soit les rites et les cérémonies qu'elle doit suivre, il n'a pas non plus le pouvoir d'empêcher aucune Église de suivre les cérémonies et le culte qu'elle juge à propos d'établir : parce que, autrement, il détruirait l'Église même, dont le but est uniquement de servir Dieu avec liberté et à sa manière.

Suivant cette règle, dira-t-on peut-être, si les membres d'une Église voulaient immoler des enfants, et s'abandonner, hommes et femmes, à un mélange criminel, ou à d'autres impuretés de cette nature (comme on reprochait autrefois, sans aucun sujet, aux premiers chrétiens), faudrait-il pour cela que le magistrat les tolérât, parce que cela se ferait dans une assemblée religieuse ? Point du tout : parce que de telles actions doivent toujours être défendues, dans la vie civile même, soit en public ou en particulier, et qu'ainsi l'on ne doit jamais les admettre dans le culte religieux d'aucune société ».

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 193.

la *Lettre* se rencontre chez les personnes qui en sont exclues. D'abord, il exclut en effet les athées de la tolérance religieuse¹⁹¹ en raison de l'impossibilité, selon lui, d'attester de leur loyauté. Or, la survie des « liens de toute la société humaine », d'une communauté dépend de la loyauté des individus. Il exclut également les papistes, car ceux-ci se soumettent à une autorité étrangère, celle du pape, et ainsi, comme les athées, leur loyauté fait défaut. Pour J. Locke, du fait de leur allégeance au pape, les catholiques ne peuvent attester de leur loyauté à une autorité séculière, et doivent donc être exclus de la tolérance.

65. La tolérance défendue par J. Locke est ainsi relativement limitée – à tout le moins telle qu'elle nous apparaît aujourd'hui – car, en plus d'en exclure les athées et les catholiques, elle se limite à l'affirmation selon laquelle les croyances et les pratiques ne font pas partie des attributions du gouvernement civil. Cette limite atteste de la manière dont Locke entendait la tolérance : sa théorie n'est donc pas fondée sur les droits individuels, mais sur la nature du pouvoir civil. Ainsi, la tolérance lockienne ne correspond pas à la liberté de conscience, et sa définition de la tolérance correspond à la distinction entre la sphère religieuse et la sphère publique, et à l'abstention du recours à la force du magistrat civil dans le domaine spirituel¹⁹². Néanmoins, malgré ses limites intrinsèques, sa théorie de la tolérance propose la première défense de la neutralité de l'État dans son versant négatif : la séparation entre l'Église et l'État, et la non-intervention de l'État dans la vie privée de ses citoyens¹⁹³. Il pose, pour la première fois, le problème de la tolérance du point de vue de l'État. Dans sa théorie politique, l'État – même s'il n'est pas totalement neutre car il n'est pas impartial – doit néanmoins respecter la sphère spirituelle, dans laquelle il ne peut user de son pouvoir de contrainte. L'État doit être tolérant, et ainsi, ne pas contraindre ses sujets dans le domaine spirituel, mais il doit être tolérant *vis-à-vis de ceux qui sont dans l'erreur*.

B) De la tolérance à la liberté chez Pierre Bayle

66. En France, quelques mois après la signature de l'Édit de Fontainebleau par Louis XIV, le philosophe P. Bayle publia son *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jésus-*

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 206 : « [...] ceux qui nient l'existence d'un Dieu, ne doivent pas être tolérés, parce que les promesses, les contrats, les serments et la bonne foi, qui sont les principaux liens de la société civile, ne sauraient engager un athée à tenir sa parole ; et que si l'on bannit du monde la croyance d'une divinité, on ne peut qu'introduire aussitôt le désordre et la confusion ».

¹⁹² J.-F. SPITZ, « Quelques difficultés de la théorie lockienne de la tolérance », art. cit., p. 115.

¹⁹³ Pour D. McCabe, J. Locke approuve le principe de neutralité, mais pas la stricte séparation entre l'Église et l'État (D. MCCABE, « John Locke and the Argument Against Strict Separation », art. cit.).

Christ : « *Contrains-les d'entrer* »¹⁹⁴, dans lequel il défend une conception novatrice de la tolérance, fondée sur la dignité humaine et la liberté de conscience. Cette œuvre, la plus achevée de ses écrits sur la tolérance¹⁹⁵, est une réaction à la révocation de l'Édit de Nantes¹⁹⁶. La révocation de l'Édit de Nantes « n'instaurait pas une simple intolérance civile, elle bafouait délibérément la liberté de conscience »¹⁹⁷, et de ce fait, dans son *Commentaire philosophique*, P. Bayle a fait évoluer sa conception de la tolérance par rapport à ses écrits antérieurs, dans lesquels il défend une conception de la tolérance classique, non encore rattachée à la liberté de conscience¹⁹⁸. Dans *Pensées sur la comète*¹⁹⁹, parue en 1680, il défend la neutralité de l'État dans les conflits religieux dans un objectif de paix civile : l'État ne pourrait intervenir dans les conflits religieux que si ces derniers troublent la paix publique²⁰⁰. La conception de la tolérance développée dans le *Commentaire* est la plus aboutie, mais aussi la plus contemporaine : elle reformule de manière nouvelle et originale²⁰¹ la problématique liée à la tolérance. Si, comme J. Locke, il envisage la tolérance comme une exigence rattachée à l'État, P. Bayle propose une conception très différente de la *Lettre*, en défendant la nécessité de la liberté de conscience. Avec P. Bayle, la tolérance devient « inconditionnelle »²⁰².

67. Le philosophe part de la théorie de la contrainte légitime en matière de religion, comme l'indique le titre de son ouvrage, et utilise le thème de la conscience errante – jusqu'alors utilisé pour justifier la persécution – « en argument *en faveur* de la tolérance »²⁰³. Il déconstruit ainsi la théorie de la contrainte légitime, qui reposait sur deux principes : « [...] la contrainte est bonne lorsqu'elle a une fonction que l'on pourrait qualifier de pédagogique ; elle est sainte lorsqu'elle est au service de l'orthodoxie »²⁰⁴. À rebours de cette théorie, P. Bayle défend l'idée qu'il puisse y avoir sincérité dans l'erreur. La sincérité des croyances est la seule chose qui importe ; dès lors que la croyance est sincère, elle mérite considération :

¹⁹⁴ Le *Commentaire philosophique* est paru en plusieurs fois : les deux premiers tomes sont parus en 1686 à Amsterdam, le troisième en 1687 et le *Supplément* en 1688.

¹⁹⁵ J.-M. GROS, « Sens et limites de la théorie de la tolérance chez Bayle », in P.-F. MOREAU et O. ABEL (dirs.), *Pierre Bayle, la foi dans le doute : actes de la Journée « Bayle »*, coll. « Histoire et société », n° 32, Genève, Labor et Fides, 1995, p. 65.

¹⁹⁶ L'édit de Fontainebleau toucha personnellement P. Bayle, car son frère Jacob fut emprisonné pour ses croyances – il était pasteur – et mourût quelques mois plus tard en prison en raison des conditions de détention.

¹⁹⁷ J.-M. GROS, « Introduction », art. cit., p. 12.

¹⁹⁸ J.-M. GROS, « Bayle, de la tolérance à la liberté de conscience », art. cit., p. 296.

¹⁹⁹ P. BAYLE, *Pensées diverses sur la comète*, GF Flammarion, n° 1339, Paris, GF Flammarion, 2007.

²⁰⁰ J.-M. GROS, « Bayle, de la tolérance à la liberté de conscience », art. cit., p. 297.

²⁰¹ J. MARTIN, « Un apôtre de la tolérance au XVIIe siècle : Pierre Bayle », *École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses*, 1938, vol. 52, n° 48, pp. 103-108.

²⁰² R. KLIBANSKY, « Préface », art. cit., p. 12.

²⁰³ Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études*, op. cit., p. XII.

²⁰⁴ J.-M. GROS, « Introduction », art. cit., p. 18.

« dès aussitôt que l'erreur est ornée des livrées de la vérité,
nous lui devons le même respect que la vérité »²⁰⁵.

De cette sincérité, découlent les droits de la conscience errante, « c'est-à-dire le droit pour celle-ci d'être respectée dans l'intégrité de sa bonne foi »²⁰⁶. La sincérité et la bonne foi fondent la tolérance, qui devient alors un « impératif moral » plutôt qu'une « concession »²⁰⁷. En retournant l'argument de la conscience errante en faveur de la tolérance, et non plus comme motif de persécutions, P. Bayle opère une avancée importante dans la pensée sur la tolérance, car « ce qui compte désormais, pour qu'une croyance soit digne d'être tolérée, ce n'est plus ce à quoi elle croit (son objet, son but, son *télos*), mais la manière dont on la croit (point de vue déontologique, c'est-à-dire du type de devoir inscrit dans l'acte de croire) »²⁰⁸.

68. Ainsi, P. Bayle se place en dehors de toute religion. Il refuse de se fonder sur un argumentaire spirituel, et propose un argumentaire *philosophique*, susceptible de transcender les religions :

« Je prétends faire un commentaire d'un nouveau genre, et l'appuyer sur des principes plus généraux et plus infaillibles que tout ce que l'étude des langues, de la critique et des lieux communs me pourrait fournir. »²⁰⁹

Le principe sur lequel repose sa théorie est un principe agnostique, « purement moral et rationnel, antérieur à toute inscription religieuse »²¹⁰. Néanmoins, s'il a la volonté de fonder sa théorie uniquement de manière philosophique, dans son *Commentaire*, il utilise également des principes théologiques. Sa première affirmation, dès les premières lignes de son commentaire, montre l'ambiguïté de son fondement : en effet, P. Bayle déclare s'appuyer « sur ce principe de la lumière naturelle, *que tout sens littéral qui contient l'obligation de faire des crimes, est faux* »²¹¹. Or, il est possible de voir dans la « lumière naturelle » un argument théologique²¹². Malgré cette ambiguïté sur le fondement théologico-philosophique de sa théorie de la tolérance,

²⁰⁵ P. BAYLE, *De la tolérance*, op. cit., p. 311.

²⁰⁶ J.-M. GROS, « La tolérance et le problème théologico-politique », in *Pierre Bayle dans la République des Lettres : philosophie, religion, critique*, coll. « Vie des huguenots », n° 35, Paris, Champion, 2004, p. 418.

²⁰⁷ J.-M. GROS, « Sens et limites de la théorie de la tolérance chez Bayle », art. cit., p. 73.

²⁰⁸ J.-M. GROS, « La tolérance et le problème théologico-politique », art. cit., p. 419.

²⁰⁹ P. BAYLE, *De la tolérance*, op. cit., p. 85.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 40.

²¹¹ *Ibid.*, p. 85.

²¹² S. O'CATHASAIGH, « Bayle and Locke on toleration », in M. MAGDELAINE, M.-C. PITASSI et A. MCKENNA (dirs.), *De l'Humanisme aux Lumières, Bayle et le protestantisme. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Labrousse*, Paris : Oxford, Universitas ; Voltaire Foundation, 1996, p. 685. ; J.-M. GROS, « La tolérance et le problème théologico-politique », art. cit., p. 412.

cette dernière est particulièrement étendue, car, en voulant s'abstraire de la religion, P. Bayle propose une théorie de la tolérance moderne.

69. Comme J. Locke, P. Bayle prend en compte le fait acquis du pluralisme : il considère en effet que la « diversité des opinions semble être un apanage inséparable de l'homme »²¹³, et comme lui, il considère que l'intolérance est la cause de désordre civil, la religion étant nécessairement divisée²¹⁴. Mais il se distingue car il *valorise*, à l'instar de B. Spinoza²¹⁵, cette diversité. Il considère non seulement que la diversité des croyances n'est pas la cause des guerres idéologiques, mais surtout, il défend l'idée qu'elle est un bien en soi :

« Il n'y a pas, dit-on, de plus dangereuse peste dans un État que la multiplicité de religion, parce que cela met en dissension les voisins avec les voisins, les pères avec les enfants, les maris avec les femmes, le prince avec ses sujets. Je réponds que bien loin que cela fasse contre moi, c'est une très forte preuve pour la tolérance ; car si la multiplicité de religions nuit à un État, c'est uniquement parce que l'une ne veut pas tolérer l'autre, mais l'engloutir par la voie des persécutions. *Hinc prima mali labes*, c'est là l'origine du mal. Si chacun avait la tolérance que je soutiens, il y aurait la même concorde dans un État divisé en dix religions, que dans une ville où les diverses espèces d'artisans s'entresupportent mutuellement. Tout ce qu'il pourrait y avoir, ce serait une honnête émulation à qui plus se signalerait en piété, en bonnes mœurs, en science [...]. Or il est manifeste qu'une si belle émulation serait cause d'une infinité de biens ; et par conséquence la tolérance est la chose du monde la plus propre à ramener le siècle d'or, et à faire un concert et une harmonie de plusieurs voix et instruments de différents tons et notes, aussi agréable pour le moins que l'uniformité d'une seule voix. Qu'est-ce donc qui empêche ce beau concert formé de voix et de tons si différents l'un de l'autre ? C'est que l'une des deux religions veut exercer une tyrannie cruelle sur les esprits, et forcer les autres à lui sacrifier leur conscience ; c'est que les rois fomentent cette injuste partialité, et livrent le bras séculier aux désirs furieux et tumultueux d'une populace de moines et de clercs : en un mot tout le désordre vient non pas de la tolérance, mais de la non-tolérance. »²¹⁶

²¹³ P. BAYLE, *De la tolérance, op. cit.*, p. 258.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 257 : « Tout homme qui rentre en lui-même et qui consulte la raison, sera plus choqué de lire dans l'histoire du christianisme cette longue suite de tueries et de violences, qu'il ne le serait de le voir partagé en mille secte ; car il considérerait qu'il est humainement inévitable que les hommes n'envisagent pas en différents siècles et pays les doctrines de religion de différente manière, et qu'ils n'interprètent pas, les uns d'une façon, les autres d'une autre, ce qui est susceptible de plusieurs sens ».

²¹⁵ B. SPINOZA, *Traité théologico-politique. Oeuvres II*, coll. « GF Flammarion », n° 50, Paris, Garnier-Flammarion, 1965. Dans son dernier chapitre, intitulé « Où l'on montre que dans un État libre il est loisible à chacun de penser ce qu'il veut et de dire ce qu'il pense », B. Spinoza propose une réflexion sur la liberté d'expression et la tolérance, fondée sur la valorisation de la diversité.

²¹⁶ P. BAYLE, *De la tolérance, op. cit.*, pp. 247-249.

70. Ainsi, la théorie de P. Bayle – si elle n’a eu, au moment de sa publication, un retentissement important – a néanmoins débouché sur une théorisation du pluralisme et de la liberté de conscience. Avec son *Dictionnaire historique et critique*, chef d’œuvre paru en 1696, le *Commentaire philosophique* annonce les Lumières²¹⁷. Les croyances individuelles doivent être respectées, en tant qu’elles sont « l’expression d’une liberté » et ainsi révèlent « la dignité humaine »²¹⁸. La tolérance est donc généralisée au-delà de la sphère religieuse. Il ne s’agit plus de tolérer les croyances d’autrui, mais de « poser le postulat de la liberté pour chaque homme d’exprimer librement ses convictions »²¹⁹. L’apport et l’originalité de la pensée de P. Bayle sont d’envisager la religion d’un point de vue extérieur ; il ne s’agit plus seulement de chercher, dans la tolérance, la possibilité d’une coexistence entre chrétiens, mais d’intérioriser les croyances religieuses, et de les reléguer à la conscience des individus. En rapprochant la tolérance de la liberté de conscience, cette dernière étant envisagée dans « un sens absolument général »²²⁰, P. Bayle opère une véritable révolution intellectuelle.

71. Cette acception de la tolérance se rapproche également de l’idéal de neutralité en tant qu’espace de liberté dans lequel les individus ne sont pas contraints dans leurs croyances. Liée à la liberté de conscience, la tolérance perd la dimension de « tolérance envers l’erreur ». La neutralité de l’État ayant pour finalité la liberté de conscience, il y a dans la pensée P. Bayle la finalité de la neutralité de l’État, qui ne peut être appréhendée sans la liberté. Néanmoins, comme la plupart des premiers penseurs de la tolérance, P. Bayle n’envisage celle-ci que dans un cadre absolutiste. En effet, pour le philosophe, seul un État absolutiste serait en mesure de garantir la tolérance civile, l’État étant alors suffisamment fort pour le faire. Cette vision s’explique notamment par le fait que la paix accordée aux protestants par l’édit de Nantes a pu être imposée aux catholiques par un roi absolu²²¹. L’absolutisme est donc envisagé, chez P. Bayle, comme une *condition* nécessaire à l’instauration de politiques de tolérance. En cela, il se distingue de J. Locke qui prône un gouvernement *limité*.

72. Comme J. Locke, P. Bayle rompt avec l’idée que la tolérance est avant tout une vertu morale individuelle : chez ces deux auteurs, la tolérance est une posture politique et non une posture individuelle. La tolérance sert alors « l’équilibre des rapports sociaux et la

²¹⁷ P. NEMO, « Démocrates et libéraux en France aux xvii^e et xviii^e siècles », in *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 415.

²¹⁸ Y.C. ZARKA, *Difficile tolérance*, op. cit., p. 120.

²¹⁹ J. BAUBEROT et M. KNEUBÜHLER, *De la tolérance aux droits de l’homme*, op. cit., p. 19.

²²⁰ É. LABROUSSE, « Tolérance », art. cit., p. 816.

²²¹ P. NEMO, « Démocrates et libéraux en France aux xvii^e et xviii^e siècles », art. cit., p. 415.

permanence de l'État »²²². L'intolérance est la cause des guerres de religions, et seule la tolérance peut permettre la paix et la cohésion sociale. Par ailleurs, bien que les théories des deux philosophes reposent sur des fondements très différents²²³, elles marquent un pas important vers la neutralité de l'État. En effet, ces théories impliquent la reconnaissance de l'altérité, au sens où la tolérance comporte, chez ces auteurs « l'idée d'un monde commun où coexistent des différences »²²⁴. La tolérance ne correspond toutefois pas encore au concept de neutralité de l'État.

§2. De la tolérance civile à la neutralité de l'État : entre rupture et continuité

73. Pour les Romains, la *toleratio* désigne « la capacité de supporter un fardeau, d'où l'idée d'endurance, et par extension celle de patience »²²⁵, tandis que le verbe *tolerare* signifie « porter, supporter (un poids, d'un fardeau physique ou moral) »²²⁶. Au sens premier du terme, la tolérance faisait donc référence « à une attitude de condescendance, attitude possédant “une connotation de grâce toujours révocable”, une sorte de clémence de la vérité envers l'erreur »²²⁷. Rapportée au rôle de l'État dans les conflits religieux, la tolérance implique une prise de parti, un *jugement de valeur* sur ce qui est bon. Elle consiste alors à « s'abstenir d'interdire, d'intervenir ou d'interférer avec les croyances, les conduits ou les modes de vie d'autrui, *bien qu'on ait le pouvoir de le faire et qu'on désapprouve ou n'apprécie pas la croyance, la conduite ou le mode de vie en question* »²²⁸ et « se rapporte donc de façon essentielle à ce qui est désagréable, déplaisant et moralement répréhensible »²²⁹. L'État symbolise une vision particulière, en l'occurrence religieuse, mais – en dépit de sa capacité à influencer et à régir les croyances – fait le choix de la tolérance ; il consent que les citoyens

²²² J.-M. VIENNE, « La tolérance, de Spinoza à Locke », art. cit., p. 126.

²²³ Cela n'empêche pas le rapprochement de leurs pensées. Voir par exemple : S. O'CATHASAIGH, « Bayle and Locke on toleration », art. cit.

²²⁴ Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études, op. cit.*, p. IX.

²²⁵ S. TZIZIS, « Sémantique de la tolérance et humanisme juridique », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998, p. 45.

²²⁶ A. REY, « Tolérer », art. cit., p. 2128.

²²⁷ A. POLICAR, *Le libéralisme politique et son avenir*, coll. « CNRS philosophie », Paris, CNRS éd., 2012.

²²⁸ M. RÜEGGER, « Tolérance et neutralité : incompatibles ou complémentaires ? », *Les ateliers de l'éthique*, 2009, vol. 4, n° 2, p. 176.

²²⁹ *Ibid.*

adoptent des croyances différentes, bien qu'il les désapprouve et les considère comme étant inférieures à la religion officielle²³⁰. Le principe de neutralité de l'État ne correspond donc pas à la tolérance telle qu'elle était envisagée aux XVI^e et XVII^e siècles. En effet, l'exigence de neutralité exclut par définition des jugements de valeur sur ce qui est bon ou non, car elle implique l'absence de prise de position de la part de l'État. En cela, la neutralité se distingue de la tolérance : la tolérance n'implique pas une absence de prise de parti, elle impose à l'État de s'abstenir d'agir par la contrainte. Or, le principe de neutralité impose à l'État à la fois l'abstention d'action, et l'abstention de prise de parti.

74. Si les deux concepts sont distincts, l'origine du concept de neutralité de l'État est souvent retracée dans les premières théories de la tolérance moderne, en particulier dans la *Lettre sur la tolérance*. La neutralité serait, de ce point de vue, le prolongement et la généralisation de l'idée plus ancienne de tolérance. Cette affirmation est la plus consensuelle chez les théoriciens de la neutralité²³¹ (I).

75. Néanmoins, cette affirmation peut être relativisée par la rupture entre tolérance et neutralité, rupture à la fois sémantique et philosophique. L'idée selon laquelle la neutralité serait la continuité de la tolérance défendue depuis J. Locke ne fait pas l'unanimité chez les théoriciens de la neutralité. Une partie des auteurs considère, en effet, que la rupture entre tolérance et neutralité est telle, que la neutralité ne peut être considérée comme le prolongement naturel de la tolérance²³² (II).

I. La neutralité de l'État, prolongement de la tolérance

76. La tolérance moderne est née de la nécessité de penser la coexistence de plusieurs religions sur un même territoire, et d'assurer la paix et la stabilité des États européens. Or, la neutralité de l'État, comme l'a formulée J. Rawls²³³, a également vocation à répondre à la

²³⁰ Cette acception de la tolérance se retrouve dans le discours prononcé par Mirabeau à l'Assemblée nationale le 22 août 1789 : « Je ne viens pas prêcher la tolérance. La liberté la plus illimitée de religion est à mes yeux un droit si sacré, que le mot tolérance, qui voudrait l'exprimer, me paraît en quelque sorte tyrannique lui-même ; puisque l'existence de l'autorité, qui a le pouvoir de tolérer, attente à la liberté de penser, par cela même qu'elle tolère et qu'ainsi elle pourrait ne pas tolérer » (E. LAURENT et J. MAVIDAL (éds.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome VIII - Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789*, op. cit., p. 473).

²³¹ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality: a re-evaluation*, op. cit., p. 13.

²³² R. MERRILL, « Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », art. cit., p. 16.

²³³ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 6 : « Comment est-il possible qu'existe et se perpétue une société juste et stable, constituée de citoyens libres et égaux, mais profondément divisés entre eux en raison de leurs doctrines compréhensives, morales, philosophiques et religieuses, incompatibles entre elles bien que raisonnables ? En d'autres termes, comment est-il possible que des doctrines profondément opposées bien que

question de la coexistence : plus large, la neutralité est la réponse à la question de la coexistence de différentes conceptions du bien au sein d'un même État. Les enjeux ont évolué entre ceux de la tolérance religieuse au XVII^e siècle et les enjeux actuels de la tolérance, envisagée au sens de neutralité, mais il y a une réelle continuité relative à cette question de la coexistence :

« Si le contexte et l'objet sur lequel la question de la coexistence se pose ne sont plus les mêmes, la question centrale, la question obsédante reste identique : il s'agit de définir les principes d'une coexistence entre les hommes divers par leurs origines, religions, croyances, opinions, richesses, etc. Comment coexister dans un monde déchiré, où la déchirure n'est pas celle des frontières des États territoriaux, mais celle des frontières ethniques, mentales, idéologiques, mythiques, etc. ? »²³⁴

La neutralité, comme la tolérance, est défendue par les libéraux, car elle permet d'empêcher de nouveaux conflits idéologiques. Pour M. Walzer, la tolérance rend possible « la coexistence pacifique [...] de groupes humains relevant d'histoires, de culture et d'identités différentes »²³⁵. C. Larmore évoque également cet argument en faveur de la neutralité de l'État²³⁶. Pour cette raison – l'identité de finalité – de nombreux théoriciens de la neutralité voient en cette dernière non pas simplement le prolongement de la tolérance, mais, plus encore, sa généralisation. Pour R. Arneson par exemple, la neutralité libérale n'est que la généralisation des pratiques de tolérance religieuse. Selon lui, il s'agit de la même posture de l'État dans les deux cas : l'État tolérant ne favorise aucune religion, tandis que l'État neutre ne favorise aucune conception du bien²³⁷. De même, les deux notions peuvent être utilisées pour définir la même exigence²³⁸ : en s'étendant à de nouveaux domaines, la tolérance prend le sens de neutralité²³⁹. Pour J. Waldron, la neutralité est la dernière tentative de théorisation de la position que les libéraux défendent depuis plusieurs siècles, selon laquelle l'État doit rester hors de la foi et des

raisonnables puissent coexister et toutes justifier la conception politique qui forme le socle d'un régime constitutionnel ? ».

²³⁴ Y.C. ZARKA, « La tolérance ou comment coexister : anciens et nouveaux enjeux », in Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVII^e siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. VI.

²³⁵ M. WALZER, *Traité sur la tolérance*, op. cit., p. 14.

²³⁶ C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit., p. 142.

²³⁷ R.J. ARNESON, « Neutrality and Utility », *Canadian Journal of Law and Society*, juin 1990, vol. 20, n° 2, p. 216 : « L'idéal de neutralité de l'État correspond à la généralisation des pratiques de tolérance des religions. De même que l'État tolérant ne favorise aucune secte ou doctrine par rapport à une autre, l'État neutre adopte une posture tolérante, non pas seulement par rapport aux problèmes religieux, mais en ce qui concerne tous les modes de vie et conceptions du bien controversés » (Traduction libre).

²³⁸ T. Nagel utilise, par exemple, de manière aléatoire l'un ou l'autre des termes : T. NAGEL, « Conflit moral et légitimité politique », *Archives de Philosophie du Droit*, 1988, vol. 33, pp. 61-76.

²³⁹ Par exemple : Y.C. ZARKA, *Difficile tolérance*, op. cit. ; Y.C. ZARKA, « La tolérance ou comment coexister : anciens et nouveaux enjeux », art. cit.

croyances de ses citoyens²⁴⁰. R. Dworkin établit, quant à lui, une équivalence entre tolérance et neutralité en déclarant par exemple que « [l]e libéralisme requiert la tolérance ; il requiert, par exemple, que les décisions politiques concernant ce que les citoyens devraient être contraints ou empêchés de faire reposent sur des fondements qui soient neutres entre les convictions concurrentes des membres de la communauté au sujet de la vie bonne »²⁴¹. Ce rapprochement particulièrement poussé entre les deux concepts n'est pas partagé de tous. La majorité des auteurs estime que tolérance et neutralité renvoient bien à deux concepts distincts, mais que la tolérance annonce les prémisses de la neutralité.

77. Le principal argument appuyant l'idée que la neutralité de l'État est le prolongement de la tolérance moderne se fonde sur l'élément central de la théorie de J. Locke : l'absence de contrainte de l'État dans le domaine spirituel. J. Locke considère que les croyances religieuses ne peuvent jamais être imposées, et ainsi, le magistrat civil ne doit pas intervenir par la contrainte sur ces questions : sa théorie de la tolérance aboutit à une défense d'une séparation entre l'État et l'Église. Or, la neutralité de l'État ne devient possible qu'à partir du moment où l'État n'intervient plus dans les questions relatives à la sphère privée des individus. Cette exigence d'abstention est au cœur de l'idéal de neutralité de l'État, dans son « premier » sens : le versant négatif. L'élément de non-intervention est central dans les premières théorisations libérales du principe de neutralité de l'État : pour assurer la liberté des conceptions du bien, il revient à l'État de ne pas intervenir dans la sphère du Bien. Il s'agit de la première exigence relative à l'idéal de neutralité de l'État, et qui est « le cœur du libéralisme politique depuis Mill »²⁴². Cette exigence est néanmoins élargie dans l'idéal de neutralité : l'État ne doit pas se contenter de ne pas intervenir, il ne doit également pas prendre parti. Or, chez J. Locke, l'État n'est pas encore impartial. La neutralité se distingue donc, sur plusieurs points, de la tolérance défendue dans la *Lettre*, mais il y a effectivement dans l'exigence de retrait de l'État de la sphère religieuse les prémices de l'idéal de neutralité. L'exigence de neutralité est plus large que celle de tolérance, qui est « une revendication d'opprimés dans une société encore foncièrement répressive »²⁴³. La tolérance civile et le principe de neutralité de l'État se distinguent également par leurs objets : la tolérance civile ne concerne que le domaine particulier des questions

²⁴⁰ J. WALDRON, « Legislation and moral neutrality », art. cit., p. 61.

²⁴¹ R. DWORKIN, « Foundations of liberal equality », in *The Tanner Lectures on Human Values*, XI, Grethe B. Peterson, 1990, p. 13 (traduction libre).

²⁴² P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK, « Introduction. Penser la tolérance aujourd'hui », in *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998, p. 22.

²⁴³ J.-M. GROS, « Bayle, de la tolérance à la liberté de conscience », art. cit., p. 311.

religieuses, quand l'objet de la neutralité est celui des conceptions du bien²⁴⁴. Le principe de neutralité de l'État théorisé au XX^e siècle a alors opéré une extension de l'objet de la tolérance, en raison de l'évolution du contexte depuis la formation du concept – limité – de neutralité dans la théorie de J. Locke.

78. Les prémices du concept de neutralité peuvent également être trouvées dans la théorie de P. Bayle. Bien que dans son *Commentaire*, cet auteur défende moins explicitement que J. Locke la séparation entre la sphère publique et la sphère privée, il envisage également la tolérance comme une exigence rattachée à l'État afin de garantir la liberté de conscience. Il y a donc bien l'idée d'absence de contrainte étatique dans le domaine religieux, et donc de neutralité « négative », c'est-à-dire exigeant l'abstention de l'État. Le lien entre tolérance et neutralité se fait donc encore plus qu'avec J. Locke, car P. Bayle se place du côté des droits de l'individu : l'État doit garantir la liberté de conscience. Le philosophe rattache donc la tolérance à la liberté, or, c'est la liberté qui exige la neutralité de l'État²⁴⁵. Parce qu'elle défend la liberté de conscience et se place ainsi du côté de l'individu, cette théorie est fortement liée à la neutralité de l'État.

79. Enfin, chez les premiers penseurs de la tolérance moderne, la tolérance est un choix, une posture politique de l'État. Si certains arguments, notamment chez J. Locke, ont un fondement théologico-politique, et non seulement politique, c'est dans ces théories modernes que la tolérance est, pour la première fois, pensée de manière politique et non de manière religieuse. Ces théoriciens s'interrogent sur la manière dont l'État doit appréhender la religion avant d'en déduire que les croyances et les pratiques ne relèvent pas de ses compétences. La tolérance est ainsi, avant tout, un compromis politique. C'est la raison pour laquelle l'origine de la neutralité est trouvée dans la *Lettre* de J. Locke. Le philosophe se place du point de vue de l'autorité politique pour ériger sa théorie de la tolérance. Tolérance et neutralité sont envisagées toutes deux comme des vertus politiques²⁴⁶ destinées à protéger la sphère privée des individus²⁴⁷. Se trouve donc, dans ces théories, l'idée que l'État n'est pas *légitime* à intervenir, par la contrainte, dans les croyances et pratiques privées de ses citoyens.

²⁴⁴ Voir *infra*, §155 et s.

²⁴⁵ Voir *infra*, §201 et s.

²⁴⁶ J. WALDRON, « Legislation and moral neutrality », art. cit., pp. 70-71 : L'auteur explique que, dans son acception libérale, la neutralité est rattachée à la politique, et envisagée comme une vertu politique.

²⁴⁷ Toutefois, comme le relève A. Zellentini, la tolérance se rapporte également, dans une certaine mesure, aux individus car l'État *oblige* les croyants à faire preuve de tolérance : les citoyens doivent donc, eux aussi, faire preuve de tolérance, tandis que le principe de neutralité de l'État ne s'applique qu'à l'État et à ses représentants (A. ZELLENTINI, « Neutrality as a twofold concept », art. cit., p. 161).

80. Il y a ainsi un consensus autour de l'idée que les prémices de la neutralité se trouvent dans les théories de la tolérance moderne, et non dans le fait que neutralité et tolérance sont identiques. Malgré les différences, il y a une continuité, une identité qui permettrait de lier les deux notions. À rebours de cette opinion majoritaire et consensuelle, certains auteurs considèrent que la rupture est telle qu'il n'y a pas lieu de parler de continuité entre tolérance et neutralité.

II. Les points de rupture entre la tolérance moderne et la neutralité de l'État

81. Pour une partie minoritaire des auteurs²⁴⁸, les points de distinction entre tolérance et neutralité sont tels qu'il est faux de parler de continuité entre ces deux postures politiques, car il y a au contraire une véritable rupture entre deux concepts. Ces auteurs rejettent l'idée que la neutralité libérale puise ses sources dans les théories de la tolérance du XVII^e siècle, en raison d'un trop grand décalage entre le contexte religieux dans lequel les premières théories de la tolérance ont été érigées, et le contexte contemporain²⁴⁹. Pour K. McClure par exemple, qui revient sur le fait que la tolérance moderne est considérée comme le point de départ du libéralisme politique et offre ainsi une base théorique suffisante à la pensée politique contemporaine, la tolérance comme compromis politique au XVII^e siècle n'est pas transposable à l'époque contemporaine du fait de la pluralité des conceptions séculières du bien²⁵⁰. Pour W. Galston, ce n'est pas seulement que l'argumentation de J. Locke est moins radicale que le concept contemporain de neutralité de l'État, mais c'est surtout qu'elle le contredit²⁵¹. Premièrement, le fait que l'utilisation de la contrainte en matière religieuse ne soit pas légitime n'empêche pas le gouvernement civil d'utiliser la persuasion par le discours, donc l'absence d'intervention de l'État n'équivaut pas à la neutralité. Deuxièmement, toujours selon W.

²⁴⁸ Par exemple : W.A. GALSTON, *Liberal purposes: goods, virtues, and diversity in the liberal state*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 1991 ; W.A. GALSTON, « Public Morality and Religion in the Liberal State », *Political Science & Politics*, 1986, vol. 19, n° 4, pp. 807-824 ; J. RAZ, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon press, 1988 ; J. RAZ, « Facing up : A Reply », *Southern California Law Review*, mai 1989, vol. 62, n° 3 & 4, pp. 1153-1236 ; T. HURKA, *Perfectionism*, *op. cit.*

²⁴⁹ Sur l'actualité de la théorie de J. Locke, voir : S. MENDUS, *Toleration and the limits of liberalism*, Issues in political theory, London, Macmillan, 1989. Cet ouvrage, en particulier le chapitre 2 sur J. Locke, illustre le débat relatif à la neutralité et au rôle de la *Lettre* dans l'apparition du principe. S. Mendus défend l'actualité de J. Locke, malgré les critiques contemporaines d'un trop grand décalage entre ses écrits et le contexte contemporain. Elle étudie chacun des arguments en défaveur du lien entre J. Locke et la neutralité pour montrer au contraire que la *Lettre* conserve toujours un intérêt dans le débat relatif à la neutralité.

²⁵⁰ K.M. MCCLURE, « Difference, Diversity, and the Limits of Toleration », *Political Theory*, 1990, vol. 18, n° 3, pp. 361-391.

²⁵¹ W.A. GALSTON, « Public Morality and Religion in the Liberal State », art. cit., p. 809.

Galston, J. Locke ne se fonde pas sur la neutralité épistémologique : s'il considère que les conflits en matière religieuse ne peuvent pas être résolus rationnellement, il ne se fonde pas sur le relativisme moral. Enfin, J. Locke n'étend pas la tolérance à la liberté de conscience et au respect des droits individuels²⁵². Dans le même sens, pour A. Gutmann, la justification moderne de la neutralité de l'État est en rupture avec le fondement de la théorie lockienne de la tolérance : J. Locke ne se fonde pas sur une prémisse sceptique pour justifier la neutralité de l'État, mais sur la méfiance envers le gouvernement pour trouver la voie vers le salut des âmes et sur l'idée selon laquelle la croyance religieuse ne peut être contrainte de manière externe par l'État²⁵³. Cette différence de fondement explique le caractère limité de la théorie lockienne, et sa différence avec la neutralité de l'État, en rupture quant à ses prémices. La tolérance se distingue en effet, sur plusieurs points, du principe de neutralité de l'État.

82. Le principal point de rupture entre la tolérance religieuse et la neutralité de l'État est le fondement religieux de l'argumentation. Dans son *Commentaire philosophique*, bien qu'il ait vocation à être fondé philosophiquement, P. Bayle utilise également des arguments spirituels : celui de la « lumière naturelle », qui peut être interprété comme un argument religieux, et également celui selon lequel la contrainte aboutit à un péché pour celui qui l'exerce, et pour celui qui feint une croyance qu'il n'éprouve pas²⁵⁴. De même, chez J. Locke, le fondement de l'argumentation est théologico-politique : le magistrat civil ne peut utiliser la force pour contraindre les croyances, car celles-ci doivent être sincères ; en contraignant les croyances, celles-ci peuvent être feintes, mais non pas sincères, et cela ne changera rien au salut de l'âme des individus. Bien sûr, l'argumentation de J. Locke n'est pas uniquement théologique, car il se fonde également sur la nature des pouvoirs du magistrat civil. Néanmoins, selon certains auteurs, sa théorie s'inscrit dans le contexte d'une société chrétienne et croyante, et ne présente plus d'intérêt, car elle ne peut être adaptée à nos sociétés sécularisées²⁵⁵ :

« L'argument de Locke requiert que nous distinguions rigoureusement le fondement de ses conclusions du contenu de ses conclusions. Cette distinction évidente, une fois établie, souligne le gouffre béant entre, d'un côté, l'argument de Locke consistant à tolérer la diversité des croyances et des pratiques chrétiennes dans un État et une société chrétienne, et de l'autre, les conséquences de

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ A. GUTMANN et D. THOMPSON, « Moral Conflict and Political Consensus », *Ethics*, 1990, vol. 101, n° 1, pp. 64-88.

²⁵⁴ P. NEMO, « Démocrates et libéraux en France aux xvii^e et xviii^e siècles », art. cit., p. 416.

²⁵⁵ Cet argument est rejeté par S. Mendus car Locke, dans sa *Lettre*, utilise un fondement philosophique : le soin du salut de chaque homme n'appartient qu'à lui-même (S. MENDUS, *Toleration and the limits of liberalism*, op. cit., p. 24).

ces croyances et pratiques sur la liberté de pensée et d'expression dans le cadre d'un État séculier ou d'une culture religieuse plus diverse. »²⁵⁶

Dans cet esprit, et comme le relève S. Mendus, bien que celle-ci adhère à l'idée d'une continuité entre tolérance et neutralité, la tolérance civile n'a pas pour but de protéger les droits et libertés des individus. La *Lettre sur la tolérance* est adressée aux auteurs potentiels de la tolérance, et non à leurs victimes. Elle doit ainsi être lue dans son contexte : elle s'adresse aux gouvernements. J. Locke veut persuader les gouvernements que l'intolérance ne peut mener qu'au désordre civil et qu'ainsi, il est nécessaire de mettre fin aux persécutions. Le fait que la *Lettre* ne s'adresse pas aux victimes des persécutions, mais uniquement à l'État, est un point de contraste important avec le contexte contemporain : tandis que J. Locke s'intéresse au caractère irrationnel des persécutions religieuses et à leurs conséquences sur la paix civile, la pensée contemporaine est centrée sur l'individu, et en l'occurrence, sur les victimes des persécutions²⁵⁷ et de l'intolérance, religieuse ou autre²⁵⁸.

83. L'État tolérant est encore un État confessionnel : il n'est pas neutre, et favorise, par définition, la religion qu'il incarne. La tolérance n'implique pas une interdiction de jugement de valeur de la part de l'État : elle exige simplement que celui-ci n'intervienne pas dans le conflit, et non qu'il n'ait pas, ou n'affiche pas, de position ou de jugement de valeur²⁵⁹. Contrairement à l'exigence de neutralité, la tolérance « présuppose l'existence d'une désapprobation initiale »²⁶⁰. Ainsi, une position de neutralité semble exclure l'attitude de tolérance. En incarnant une religion qu'il favorise nécessairement, et en adoptant une position, même indirecte ou implicite, de hiérarchisation des religions entre les croyants adhérents à la religion d'État et ceux étant « dans l'erreur »²⁶¹, l'État tolérant ne peut être neutre. La tolérance civile est alors « octroyée » à la manière d'un « privilège »²⁶². L'État neutre arbitre les différentes conceptions du bien de manière à assurer la coexistence pacifique entre les individus

²⁵⁶ J. DUNN, "What is Living and what is Dead in the Philosophy of John Locke", unpublished paper, cité par *Ibid* (Traduction libre).

²⁵⁷ Voir *infra*, §642 et s.

²⁵⁸ S. MENDUS, *Toleration and the limits of liberalism*, op. cit., pp. 27-28.

²⁵⁹ A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », art. cit., p. 161.

²⁶⁰ M. RÜEGGER, « Tolérance et neutralité : incompatibles ou complémentaires ? », art. cit., p. 176.

²⁶¹ Pour J. Champion, il existe un autre sens du mot tolérance qui « reflète plus exactement les intentions de Locke : il se peut que "la longanimité" et "supporter sans répugnance" soient une lecture plus proche de ce qu'entendait Locke par le langage de la tolérance » (J. CHAMPION, « "Le culte privé est libre quand il est rendu dans le secret" : Hobbes, Locke et les limites de la tolérance, l'athéisme et l'hétérodoxie », in Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 251).

²⁶² É. LABROUSSE, « Tolérance », art. cit., p. 815. Sur ce point, voir : J. LECLER, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, I, op. cit.

y adhèrent : il ne peut symboliser l'une de ces conceptions. Par ailleurs, non seulement l'État tolérant est *religieux*, mais il est aussi *absolutiste*. Son rôle n'est pas encore de mettre en place des institutions justes, qui ne favorisent aucune conception du bien²⁶³. En effet, l'État tolérant du XVII^e siècle ne poursuivait pas un objectif d'égalité entre les individus aux croyances distinctes²⁶⁴. Il visait seulement à assurer leur coexistence dans un objectif de paix civile. Or, la notion d'égalité est une dimension majeure du principe de neutralité : l'État doit être neutre car, sans neutralité, il ne peut y avoir d'égalité dans la protection des droits et libertés de chacun. En raison de l'absence de cette dimension égalitariste dans les premières théories de la tolérance²⁶⁵, la rupture est plus nette encore entre tolérance et neutralité lorsqu'on envisage la neutralité dans un sens plus contemporain, c'est-à-dire dans son versant positif. La neutralité positive remet en cause la non-intervention de l'État²⁶⁶. Or, tolérer, au XVII^e siècle, revenait à « autoriser par la loi, mais pas d'approuver ou d'encourager les membres de groupes dissidents, et encore moins de leur assurer une égalité d'opportunités »²⁶⁷. La rupture est ainsi importante entre la neutralité positive et la tolérance civile limitée du XVII^e siècle. L'enjeu majeur de la neutralité positive, acception contemporaine de la neutralité, est celui des différences, et plus particulièrement des différences entre les *groupes*. Là où l'État tolérant se résignait à admettre l'existence d'autres croyances religieuses dans un but de coexistence pacifique, l'enjeu contemporain de l'État neutre est de faire coexister différents groupes sans que ceux-ci n'aient à se fondre dans les croyances majoritaires. Le versant positif de la neutralité nécessite l'intervention de l'État pour reconnaître une égalité d'opportunités aux individus et aux groupes. Il y a ainsi un point de rupture important entre les enjeux anciens et actuels dans ce passage de l'individu au groupe²⁶⁸. La finalité du principe de neutralité de l'État dépasse celle de la tolérance : l'égalité et la liberté complètent, dans la neutralité, l'objectif de coexistence pacifique qui était celui de la tolérance civile. La tolérance civile, au XVII^e siècle, était un compromis politique, quand le principe de neutralité de l'État est un idéal politique.

²⁶³ P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK, *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1998, p. 22.

²⁶⁴ A. GUTMANN et D. THOMPSON, « Moral Conflict and Political Consensus », art. cit., p. 68.

²⁶⁵ Cela ne signifie pas que la tolérance n'a jamais été appréhendée de manière positive, mais que les premières théories de la tolérance moderne, *dans lesquelles la neutralité est supposée prendre sa source*, ne l'étaient pas.

²⁶⁶ Voir *infra*, Partie II.

²⁶⁷ S. MENDUS, *Toleration and the limits of liberalism*, *op. cit.*, p. 7 (Traduction libre).

²⁶⁸ Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVII^e siècle. Tome I, Études*, *op. cit.*, p. XIII : Y.-C. Zarka reconnaît que la coexistence des religions impliquait des groupes, mais il montre qu'il s'agissait en réalité d'une tolérance de l'État envers les individus, et non envers les groupes religieux, car c'était l'individu qui était visé par la tolérance, comme « adhérent à une confession déterminée ».

84. Conclusion de section. La tolérance civile, assurée grâce au pouvoir souverain, vise avant tout la paix, et non, encore, la neutralité de l'État : elle est un *compromis politique* assurant la coexistence pacifique. Avec l'invention de la souveraineté, l'État impose sa volonté aux croyants afin de maintenir la paix, et garantit l'unité de l'État par-delà la diversité des croyances. La paix civile est à l'origine des concepts de souveraineté et de tolérance, et ainsi, indirectement, du concept de neutralité de l'État. Parce qu'elle vise avant tout la paix, la tolérance moderne ne correspond ni à une volonté d'égalité ni à une valorisation du pluralisme. Ainsi, « à la différence de la conception moderne et libérale, les défenseurs de la tolérance recourent à l'État contre l'Église en renforçant les pouvoirs du magistrat, non en les restreignant »²⁶⁹. La mise en place de politiques de tolérance aux XVI^e et XVII^e siècles, malgré leurs limites, correspond à l'affirmation de la souveraineté de l'État : ainsi, le concept de souveraineté est fondamental dans l'émergence de l'État moderne et de la tolérance civile. Les politiques de la tolérance aux XVI^e et XVII^e siècles sont menées par des États confessionnels : l'unité et la cohésion sociale se trouvent encore très largement dans la religion commune. Le modèle contemporain de l'unité sociale fondé sur l'adhésion à des principes et valeurs principalement politiques, consacrés dans une Constitution, est ainsi fondamentalement différent de l'État tolérant du XVII^e siècle. Néanmoins, avec les politiques de tolérance, l'État devient progressivement une institution dans laquelle peuvent se reconnaître tous les citoyens, indépendamment de leur religion. C'est pourquoi, malgré les points de rupture entre tolérance et neutralité²⁷⁰, il s'agit tout de même de conclure, avec J. Baubérot, qu'il « faut rendre hommage au rôle historique de la tolérance puisque, bien souvent, c'est elle qui a conduit à la liberté, l'aspiration à la tolérance a été un mouvement amenant vers la liberté »²⁷¹. Initialement élaborée en lien avec la dimension religieuse, la question de la tolérance s'est ensuite étendue, les désaccords ne concernant pas uniquement le problème religieux, mais la nature de la vie bonne en général, dans ses nombreux aspects. Au XVIII^e siècle, la tolérance va s'étendre « à la

²⁶⁹ J. SAADA-GENDRON, « La tolérance et les limites de la souveraineté », art. cit., p. 343.

²⁷⁰ Ces points de rupture concernent les premières théories de la tolérance. L'État contemporain n'est plus tolérant au sens de J. Locke et ses contemporains. La tolérance est aujourd'hui appréhendée majoritairement comme vertu morale, et non plus comme compromis politique. Selon M. Rüegger, l'incompatibilité de la tolérance avec la neutralité n'est vraie qu'au « niveau *institutionnel* : des institutions politiques ne peuvent pas faire preuve à la fois de tolérance et de neutralité ». Toutefois, « [c]e constat laisse en revanche ouverte la possibilité d'une sorte de division du travail moral en vertu de laquelle la tolérance, considéré désormais comme une attitude *individuelle* des citoyens, viendrait compléter et soutenir l'idéal de neutralité, conçu comme une exigence ne s'appliquant qu'aux seules institutions politiques ». Ainsi, la tolérance est désormais « la vertu individuelle qui rend possible la coexistence de différentes conceptions du bien sous des institutions neutres » (M. RÜEGGER, « Tolérance et neutralité : incompatibles ou complémentaires ? », art. cit., p. 177).

²⁷¹ J. BAUBÉROT, « La laïcité entre la tolérance et la liberté », in *De la tolérance aux droits de l'Homme*, coll. « Inventaire », Grigny, Paroles d'Aube, 1998, p. 148.

sphère politique (tolérer l'existence d'une opposition minoritaire ainsi que la liberté de presse et d'expression – si chère à Constant et Stuart Mill), économique (tolérer d'être concurrencé) et... existentielle (tolérer que l'individu soit libre d'avoir une ample vie privée et de la vivre pleinement à son gré) »²⁷². C'est ainsi la tolérance, aussi « incomplète » qu'elle ait pu être au XVII^e siècle, qui a rendu possible la coexistence et la paix entre individus aux croyances distinctes en reconnaissant l'altérité. En posant le principe de la non-intervention de l'État dans la sphère des croyances, les défenseurs de la tolérance ont posé les premières pierres du libéralisme politique et, par suite, de la neutralité de l'État. Les théories de la tolérance moderne ont permis d'assurer « l'autonomisation progressive de l'État moderne en mettant l'accent sur la distinction entre la société civile et la société religieuse »²⁷³. La tolérance est ainsi consubstantielle à la philosophie libérale : le fait pluraliste implique un régime de tolérance, et la tolérance a finalement mené à la liberté. Toutefois, si la tolérance est au fondement de la neutralité, ses fondations ne seront construites qu'avec l'édification du socle libéral plaçant l'individu et ses droits au cœur de la société.

²⁷² A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., p. 98.

²⁷³ V. ZUBER et G. ROUX, « Tolérance », *Dictionnaire historique et critique du racisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 1775.

SECTION 2. L'ANCRAGE LIBERAL INDISPENSABLE A L'IDEAL DE NEUTRALITE DE L'ÉTAT

85. Les guerres de religion représentent le point de départ de la réflexion qui a mené, au fil des écrits, à la nécessité d'un État neutre chez les premiers penseurs libéraux. Le libéralisme n'est bien sûr pas une doctrine univoque, et l'objectif, dans le cadre de cette étude, n'est pas de retracer un récapitulatif exhaustif des différentes branches du libéralisme, mais de rappeler ce qui fait l'unité de la posture libérale, afin d'y rechercher ce qui a permis de penser la neutralité de l'État. Celle-ci n'a pu apparaître que dans une société moderne, et il « est impossible d'appeler moderne une société qui cherche avant tout à s'organiser et à agir conformément à une révélation divine ou à une essence nationale »²⁷⁴. Dans l'ère moderne, l'ordre politique n'est pas fondé sur des principes religieux, mais sur des principes *politiques*, indépendants de conceptions du bien. Chez les libéraux comme T. Hobbes ou J. Locke, mais aussi chez les auteurs républicains comme N. Machiavel ou J.-J. Rousseau, le religieux est écarté de la fondation de l'ordre politique. La modernité, associée à ce processus de sécularisation²⁷⁵, a ainsi vu se former une nouvelle pensée politique, et un nouveau mode d'existence politique²⁷⁶. Si la modernité est la possibilité historique de la liberté²⁷⁷, elle est également la possibilité historique de la neutralité.

86. La neutralité de l'État n'a en effet pu être défendue et théorisée qu'avec l'apparition de l'État libéral, qui revêt un contenu particulier²⁷⁸, et dont l'unité de la posture se trouve dans la nécessité pour l'État d'assurer « la coexistence sans heurts de telles conceptions [du bien] sans en promouvoir lui-même une »²⁷⁹. Le socle libéral renvoie aux « principaux acquis de la raison politique moderne »²⁸⁰ : la valorisation de l'individu, la limitation de l'État, la représentation, et la neutralité de l'État²⁸¹. Ces « piliers » du socle libéral sont interdépendants

²⁷⁴ A. TOURAINE, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992, p. 23.

²⁷⁵ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1985. Dans cet ouvrage, M. Gauchet retrace l'histoire politique de la religion, et le processus de sécularisation du monde moderne. Il soutient la thèse selon laquelle le christianisme a été la « religion de la sortie de la religion », mais que cette sortie de la religion concerne la société et non les individus eux-mêmes.

²⁷⁶ P. RAYNAUD, « Libéralisme », art. cit., p. 339.

²⁷⁷ V. CITOT, « Le processus historique de la Modernité et la possibilité de la liberté (universalisme et individualisme) », *Le Philosophoire*, 2005, vol. 2, n° 25, p. 36.

²⁷⁸ R. MERRILL, « Neutralité éthique de l'État », art. cit., p. 369.

²⁷⁹ A. RENAUT, *Quelle éthique pour nos démocraties ?*, Paris, Buchet-Chastel, 2011, pp. 46-47.

²⁸⁰ S. MESURE et A. RENAUT, « La discussion républicaine du libéralisme moderne », in *Histoire de la philosophie politique. Tome IV: Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Levy, 1999, p. 319.

²⁸¹ S. MESURE et A. RENAUT, « La discussion républicaine du libéralisme moderne », art. cit. ; P.-H. TAVOILLOT, « Le libéralisme politique. Victoire ou défaite ? », *Commentaire*, 2013, vol. 2, n° 142, pp. 245-264.

et entremêlés : ainsi, la limitation de l'État peut être rattachée à l'avènement de l'individu – le second pilier entraînant le premier – et la neutralité de l'État est rattachée à la fois à la valorisation de l'individu et à la limitation de l'État. Sans ces deux principes, la neutralité ne peut être pensée : l'exigence de neutralité de l'État est la conséquence de la valorisation de l'individu et de la limitation de l'État. Ce sont ces bouleversements profonds dans l'histoire des idées qui, en menant à l'État libéral, ont permis l'essor d'une réflexion sur la neutralité (§1).

87. De ces piliers de l'idéologie libérale, émerge la distinction entre la société civile et l'État. M. Gauchet, dans sa préface à l'œuvre de B. Constant *De la liberté des Modernes*²⁸², retrace les fondements de l'idéologie libérale et explique que c'est l'avènement de l'individualisme qui a entraîné la naissance de la société civile :

« Il est, en d'autres termes, une fois advenu le règne de l'individu, une irréductible séparation entre les deux sphères : celle, civile, tissée des relations établies à l'initiative des agents, lorsqu'ils usent de leur liberté de posséder, de se lier, de s'exprimer, de croire ; et celle, politique, constituée en fonction des exigences spécifiquement liées à la vie en collectivité (c'est-à-dire la protection des individus les uns les autres, au-dedans, et la défense contre un éventuel ennemi extérieur), et d'*elles seules*, dont ce doit être la clef-de-voûte d'un régime de liberté que de définir les frontières et de garantir le partage. »²⁸³

C'est ainsi sur ce principe fondamental de séparation entre l'État et la société civile que reposent le libéralisme et la neutralité de l'État (§2).

§1. La primauté de l'individu et de ses droits

88. La modernité a vu naître le règne de l'individu. Les principaux piliers du libéralisme découlent tous de l'avènement de l'individu et de son primat sur le collectif. Ainsi, la limitation de l'État, et plus précisément, le renversement du rôle de l'État qui caractérise la modernité, s'est opéré *en raison* de l'avènement de l'individu et de ses droits. Aussi, la neutralité n'a pu être pensée qu'à « l'ère de l'individu »²⁸⁴. Les bouleversements engendrés par l'individualisme ont abouti aux acquis de la pensée politique moderne.

²⁸² M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », in *De la liberté chez les Modernes : écrits politiques*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 1989, pp. 9-91.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 68-69.

²⁸⁴ A. RENAUT, *L'ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989.

89. L'individu est à l'épicentre du libéralisme car « [i]l y va en effet des hommes individuels et seulement d'eux dans la perspective libérale »²⁸⁵. Historiquement, les libéraux sont les premiers penseurs à « introduire “l'individu” dans leurs discours et à lui y réserver une place de choix »²⁸⁶. Pour les libéraux, l'individu, la personne humaine, est « la valeur suprême et le principe fondateur de la vie sociale »²⁸⁷. Ce renversement du rapport entre l'individu et le collectif représente le point de rupture de la modernité (I).

90. Ce renversement de la place de l'individu a, par conséquent, abouti au renversement du rôle de l'État. Si le libéralisme a pour point principal la limitation du rôle de l'État, il s'agit, historiquement, plus d'un renversement que d'une limitation. En effet, si l'État libéral est certainement limité dans son action, le passage à la modernité – c'est-à-dire le passage d'une société holiste à une société individualiste – a en réalité profondément transformé la place et le rôle de l'État (II).

I. L'individualisme à l'épicentre du libéralisme

91. Le point de départ de l'État libéral est souvent identifié dans la pensée de T. Hobbes²⁸⁸, qui « fonde l'idée libérale parce qu'elle élabore la notion de la loi comme artifice extérieur aux individus » et qui « déduit l'institution politique des droits de l'individu et d'eux seuls »²⁸⁹. Avec l'individualisme moderne et la disparition de la société comme ordre uni et naturel, c'est l'artifice de l'autorité politique qui représente l'unité de la société²⁹⁰. Le libéralisme est donc né d'une révolution anthropologique et intellectuelle qui place l'individu au centre du monde. Cette révolution se caractérise par l'idée selon laquelle l'individu « est naturellement titulaire de “droits” dont on peut dresser la liste, droits qui lui sont attachés indépendamment de sa fonction ou de sa place dans la société, et qui le font l'égal de tout autre homme »²⁹¹. La conception holistique de la communauté qui prévalait jusqu'alors s'efface

²⁸⁵ A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., p. 43.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ P.-H. TAVOILLOT, « Le libéralisme politique. Victoire ou défaite ? », art. cit., p. 246.

²⁸⁸ C'est en particulier la thèse de L. Strauss : « S'il nous est permis d'appeler libéralisme la doctrine politique par laquelle le fait fondamental réside dans les droits naturels de l'homme, par opposition à ses devoirs, et pour laquelle la mission de l'État consiste à protéger ou sauvegarder ces mêmes droits, il nous faut dire que le fondateur du libéralisme fut Hobbes » (L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, coll. « Champs », n° 158, Paris, Flammarion, 1986, pp. 165-166).

²⁸⁹ P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme : dix leçons*, coll. « Pluriel », n° 865, Paris, Hachette Littératures, 2008, p. 77.

²⁹⁰ J.-F. SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 7.

²⁹¹ P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, op. cit., p. 9.

devant la primauté de l'individu, au singulier, distinct des autres²⁹². C'est cette primauté de l'individu qui fonde les droits de l'Homme : du fait de sa nature même, d'*être humain*, chaque individu est titulaire de droits.

92. L'individualisme « recouvre les notions les plus hétérogènes que l'on puisse imaginer »²⁹³ et le fait que l'individualisme soit au cœur de la modernité n'est pas consensuel chez les théoriciens de la modernité²⁹⁴. Ce débat sur ce qui caractérise la modernité est assez secondaire dans le cadre de cette étude ; l'objectif étant simplement de montrer que la valorisation de l'individu, qui est au cœur du libéralisme, a permis la réflexion sur la neutralité de l'État – celle-ci ne pouvant être envisagée dans les sociétés anciennes. De la place de l'individu dans la société découlent les autres acquis de la modernité : la souveraineté, la limitation de l'État et sa neutralité. L'individualisme, parce qu'il place l'individu avant la communauté, l'individuel avant le collectif, permet à ce dernier d'être libre de ses opinions « par-delà les dogmes et canons de la société à laquelle il appartient »²⁹⁵. L'individu se trouve libéré, non pas du tissu social, dans lequel il continue d'évoluer, mais des exigences supra-individuelles caractéristiques des sociétés anciennes. La liberté individuelle prime, et l'individu est désormais libéré de l'hétéronomie : l'individu moderne est libre parce qu'il est un individu avant d'être citoyen.

93. L. Dumont propose une genèse de l'individualisme moderne dans ses deux ouvrages sur la modernité : *Homo aequalis*²⁹⁶ et *Essais sur l'individualisme*²⁹⁷. Il oppose deux idéologies, c'est-à-dire deux « système[s] d'idées et de valeurs qui [ont] cours dans un milieu social donné »²⁹⁸, correspondant à deux types de sociétés : l'idéologie holiste et l'idéologie individualiste. Il définit l'individualisme comme une « idéologie qui valorise l'individu [...] et néglige ou subordonne la totalité sociale » à l'individu. L'individualisme *constitue* l'idéologie moderne : l'individu est alors à la fois la « valeur » et la « caractéristique » du monde moderne.

²⁹² A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., p. 45.

²⁹³ M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, coll. « Agora », n° 6, Paris, Plon, 1964, p. 122. cité par A. RENAULT, *L'ère de l'individu*, op. cit., p. 69.

²⁹⁴ Sur les différentes lectures de la modernité à travers l'opposition entre L. Dumont, qui interprète la modernité à travers le règne de l'individu, et M. Heidegger, pour qui la modernité doit être lue à travers le règne du sujet. Voir notamment A. RENAULT, *L'ère de l'individu*, op. cit. Chapitre I. Heidegger : Le règne du sujet ; Chapitre II : Louis Dumont. Le triomphe de l'individu.

²⁹⁵ V. CITOT, « Le processus historique de la Modernité et la possibilité de la liberté (universalisme et individualisme) », art. cit., p. 37.

²⁹⁶ L. DUMONT, *Homo aequalis. I: Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1976.

²⁹⁷ L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, coll. « Esprit », Paris, Seuil, 1991.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 20.

Dès lors, une société peut être holiste ou individualiste, mais non les deux à la fois. Il ne peut y avoir de juste-milieu, car l'individualisme contredit fondamentalement la société holiste. De ce fait, la valorisation de l'individu a profondément transformé le rôle de l'État. Le libéralisme politique se fonde sur la liaison entre individualisme et libéralisme car « il n'est rien d'autre que la conception selon laquelle le meilleur régime politique est celui qui se fait une règle non négociable de reconnaître aux individus les mêmes libertés fondamentales [...] et de les tenir pour égaux en droits (...) »²⁹⁹. Pour C. Taylor, les doctrines, apparues au XVII^e siècle, défendant la primauté de l'individu et de ses droits, correspondent aux doctrines « atomistes ». La thèse principale défendue par les atomistes, qui correspond au cœur de leur théorie, est « l'attribution de certains droits aux individus et elles nient qu'un principe d'appartenance ou d'obligation puisse avoir le même rang »³⁰⁰. Ce modèle, pour C. Taylor, est issu de J. Locke. Il n'est bien sûr pas le seul possible : il correspond, dans la civilisation occidentale, à une évolution ayant abouti à l'*atomisme*, qui « présente une conception de la nature humaine et de la condition humaine qui (entre autres choses) rend plausible une doctrine de la primauté des droits ; ou, négativement, en l'absence de laquelle cette doctrine sera suspecte au point d'être à peu près intenable »³⁰¹. Ainsi, c'est cette conception de l'Homme – qui s'oppose par exemple, comme le soulève C. Taylor, à celle d'Aristote pour qui l'Homme est un animal social – qui fonde la théorie de la primauté de l'individu et de ses droits. Cette théorie de la primauté de l'individu et de ses droits recherche la liberté, et, en particulier, le « genre de liberté appréciée par les protagonistes de la primauté des droits, et en fait par beaucoup d'entre nous également, est une liberté par laquelle les hommes sont capables de concevoir des alternatives et de parvenir à la définition de ce qu'ils veulent réellement, ainsi qu'à discerner ce qui commande leur adhésion ou leur allégeance »³⁰².

94. La valorisation de l'individu et de ses droits et libertés est le premier pilier du socle libéral. Comme le relève A. Renaut³⁰³, la neutralité de l'État découle en partie de cette valorisation de l'individu, car la valorisation des droits individuels implique la reconnaissance de la liberté de conscience. Les sociétés doivent tendre vers l'idéal de neutralité, car seule la neutralité de l'État permet de garantir la liberté pleine et entière des individus. La neutralité n'a

²⁹⁹ A. RENAUT, *Quelle éthique pour nos démocraties*, op. cit., p. 168.

³⁰⁰ C. TAYLOR, *La liberté des modernes*, coll. « Philosophie Morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 224.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 226.

³⁰² *Ibid.*, p. 246.

³⁰³ A. RENAUT, « Républicanisme et modernité », in S. CHAUVIER (dir.), *Libéralisme et Républicanisme*, Cahiers de philosophie de l'Université de Caen, n° 34, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2000, p. 169.

de sens que si l'on reconnaît la primauté de l'individu sur la communauté. Ce lien entre individualisme et neutralité est ainsi fondamental, et le fait que la neutralité présuppose une société individualiste est, par ailleurs, l'une des critiques les plus importantes du concept³⁰⁴. Ainsi, l'idéal de neutralité de l'État découle en premier lieu de l'essor de l'individualisme moderne, premier pilier du socle libéral.

II. Le principe de limitation de l'État

95. Tous les libéraux depuis J. Locke ont défendu la nécessité de limiter l'action de l'État. Dans son *Essai sur les limites à l'action de l'État*, W. Humboldt énonce clairement ce principe central du libéralisme : « l'État s'ingère de façon immorale dans les affaires privées des citoyens, toutes les fois que celles-ci n'impliquent pas immédiatement une atteinte portée au droit de l'un par un autre »³⁰⁵. Ce principe est sensiblement similaire chez l'ensemble des libéraux : l'État n'est pas *légitime* à intervenir dans la sphère privée des individus pour toute autre raison que celle de protéger les droits et libertés. Du fait de la valorisation de l'individu, il y a « une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante et qui est de droit hors de toute compétence sociale »³⁰⁶. L'action de l'État doit être limitée *en raison* des droits rattachés à l'individu. Ces deux points du socle libéral ne peuvent exister l'un sans l'autre : reconnaître la limitation de l'État, « c'est aussi reconnaître l'individu comme principe et comme valeur »³⁰⁷.

96. Plus qu'une limitation, il s'agit plutôt d'un *renversement* du rôle de l'État avec l'arrivée de l'État moderne. L'État libéral a un rôle fondamental : il est le protecteur de l'individu et de ses droits et libertés. Sans le rôle protecteur de l'État, en effet, le primat des droits et libertés individuels ne peut être assuré. Le pouvoir coercitif de l'État est donc indispensable :

« Le gouvernement a une sphère qui lui est propre. Il est créé par les besoins de la société, et pour empêcher que ses membres ne se nuisent mutuellement ; aussi longtemps qu'il reste dans cette

³⁰⁴ Voir *infra* § 172 et s.

³⁰⁵ W. HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », Paris, Les Belles Lettres, 2004, p. 34.

³⁰⁶ B. CONSTANT, *De la liberté chez les modernes : écrits politiques*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 1989, p. 271.

³⁰⁷ S. MESURE et A. RENAUT, « La discussion républicaine du libéralisme moderne », art. cit., p. 320.

sphère, il ne pèse sur les citoyens qu'autant qu'ils se nuisent. Il n'est donc point un mal. »³⁰⁸

Ainsi, si l'État libéral est effectivement « limité » dans sa sphère d'action, ne pouvant plus intervenir dans la sphère privée des individus, c'est parce que son rôle est profondément transformé. L'État libéral devient un État protecteur des individus :

« Être libéral au sens classique, c'est donc non pas vouloir totalement éradiquer à tout prix une « association de malfaiteurs » ou un monstre fatalement prédateur – l'État. Mais redéfinir la juste place, limitée, d'une institution indispensable à la société de marché et à la liberté individuelle si elle n'excède pas sa fonction protectrice. C'est être non pas anti-étatisme mais anti-étatiste, l'étatisme ne commençant pas avec la moindre présence de l'État mais quand 'l'État se substitue aux autres agents de la société civile (et qu') il les empêche de faire leur travail – et lui-même le fait mal à leur place.' (J.F. Revel, *La Grande Parade*) »³⁰⁹.

Cette limitation se traduit donc par l'absence d'immixtion de l'État dans la sphère privée, et se retrouve dans ce qu'I. Berlin a appelé la « liberté négative »³¹⁰. Au sens négatif³¹¹, la liberté est la réponse à la question du « champ à l'intérieur duquel un sujet – individuel ou collectif – doit ou devrait pouvoir faire ou être ce qu'il est capable de faire ou d'être sans l'ingérence d'autrui »³¹². L'État libéral doit protéger cette liberté négative, c'est-à-dire « cette aire de non-ingérence » qui ne doit « en aucun cas être violée »³¹³. Ainsi, non seulement le pouvoir de contrainte de l'État se retrouve limité, car la contrainte « implique l'intervention délibérée d'autrui dans l'espace à l'intérieur duquel je pourrais normalement agir »³¹⁴, mais celui-ci doit également veiller à ce que les individus ne se nuisent pas entre eux. L'État garantit cet espace de non-ingérence, c'est pourquoi la liberté négative ne doit donc pas être comprise comme aboutissant à une liberté sans entrave³¹⁵. Le principe de limitation de l'État est entendu

³⁰⁸ B. CONSTANT, « De Godwin et de son ouvrage sur la justice politique », in M. GAUCHET (éd.), *De la liberté chez les Modernes*, coll. « Pluriel », n° 8532, Paris, Hachette, 1989, p. 565.

³⁰⁹ A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., pp. 283-284.

³¹⁰ I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, op. cit.

³¹¹ Voir la critique de C. Taylor sur le caractère caricatural de la distinction : C. TAYLOR, « Qu'est-ce qui ne tourne pas rond dans la liberté négative ? », in *La liberté des modernes*, coll. « Philosophie Morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 255-283.

³¹² I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, op. cit., p. 171.

³¹³ *Ibid.*, pp. 172-173.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 171.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 172 : « C'est ainsi que les grands penseurs politiques anglais entendaient le concept de liberté. Certes, ils divergeaient sur l'ampleur que pouvait ou devait prendre cet espace de liberté, mais partaient du principe qu'il ne pouvait pas, les choses étant ce qu'elles sont, être illimité ; en effet, un espace de liberté illimité ne pouvait qu'engendrer un état dans lequel tous s'immisceraient sans aucune limite dans les affaires de chacun ; ce type de liberté "naturelle" ne pouvait conduire qu'à une forme de chaos social où les besoins élémentaires ne seraient plus satisfaits, où les plus faibles se verraient privés de leurs libertés par les plus forts. Parce qu'ils comprendraient que les buts que poursuivent les hommes ne sont pas forcément en harmonie et parce que (quelle que fût par ailleurs

à la fois de manière interne et de manière externe³¹⁶. La liberté négative correspond à la frontière externe : l'action de l'État est limitée par l'aire de non-ingérence, espace à l'intérieur duquel l'État ne peut intervenir, correspondant aux droits de l'Homme. L'État est également limité de manière interne par les mécanismes mettant en œuvre son autolimitation, c'est-à-dire par la Constitution³¹⁷.

97. Le principe de neutralité est fortement lié à ce principe de limitation de l'État, et en particulier à la frontière externe de l'action de l'État. En effet, la neutralité repose à la fois sur un élément de non-intervention et un élément d'égalité³¹⁸. L'élément de non-intervention, c'est-à-dire la dimension négative de la neutralité, correspond à la manière dont fut envisagée la neutralité par les premiers libéraux. L'objectif de la neutralité étant de garantir la liberté, l'État ne peut utiliser son pouvoir de contrainte dans les domaines relatifs à la sphère privée des individus. La neutralité de l'État est ainsi rattachée à ce point majeur du socle libéral que représente la limitation de l'État. Néanmoins, la neutralité de l'État est aujourd'hui appréhendée de manière positive entraînant l'intervention de l'État. Mais cette manière d'envisager la neutralité – au sens d'égalité d'opportunités – n'a pas été introduite par les premiers libéraux et a été développée précisément pour pallier les insuffisances de la neutralité négative³¹⁹.

98. Ainsi, du fait de son lien avec la valorisation de l'individu et la limitation de l'État, la neutralité de l'État ne peut être théorisée que dans un prisme libéral. Cela englobe également l'acception républicaine de la neutralité, car les théories néorépublicaines ne remettent pas en cause ce socle libéral³²⁰. La valorisation de l'individu et de ses droits, la limitation de l'État ainsi que la neutralité qui s'y rattache, se traduisent par la séparation de la société civile et de l'État. C'est la distinction entre la sphère civile et la sphère publique, née des politiques et des réflexions sur l'idée de tolérance, qui a permis la mise en place de l'État moderne.

leur doctrine) ils accordaient une grande valeur à d'autres fins telles que la justice, le bonheur, la culture, la sécurité ou l'égalité, ils étaient disposés à restreindre la liberté dans l'intérêt d'autres valeurs et, en fait, dans l'intérêt même de la liberté ».

³¹⁶ P.-H. TAVOILLOT, « Le libéralisme politique. Victoire ou défaite ? », art. cit., p. 247.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », art. cit.

³¹⁹ Voir *infra*, Partie II.

³²⁰ Voir *infra*, § 209 et s.

§2. L'État et la société civile, distinction indépassable du libéralisme

99. Dans la société moderne, l'individu prime sur la communauté : cette révolution acte le passage d'une conception holistique à une conception atomiste de la société³²¹. De cette valorisation de l'individu et de ses libertés, découlent le renversement du rôle de l'État et la séparation entre l'État et la société civile :

« Un pouvoir-cause, c'est un pouvoir qui, s'il opère d'un côté au nom d'une suprême conscience des exigences de la totalité comme telle qui le retranche absolument de ses sujets, se trouve de l'autre côté en communion indéfectible avec la somme des êtres entre lesquels il maintient un lien de communauté, et donc l'ensemble tient non tellement par lui, mais en quelque sorte en lui. C'est un pouvoir clef-de-voute d'un système de la nécessité auquel l'activité sociale est globalement subordonnée, reliée, raccrochée pour acquérir l'identité substantielle hors de laquelle la réunion des hommes cesse d'être viable. Avec l'apparition d'un social cause de lui-même, dont à l'opposé le pouvoir dérive, s'ouvre d'un coup une séparation entre la sphère civile proprement dite et l'instance politique émanée d'elle. L'intégration générale des activités sous le signe de leur indispensable assujettissement à l'impératif supérieur de la conservation de la société même, fait place à une dissociation de principe entre ce qui relève des liens que les individus tissent spontanément entre eux, dans l'exercice de leurs droits « naturels » et ce qui touche au rôle et aux tâches spécifiquement déléguées à l'autorité publique. Ce n'est donc pas seulement que le rapport se renverse, - d'un pouvoir déterminant la société à un pouvoir déterminé par la société - , c'est qu'il devient rapport d'extériorité entre des termes désormais pourvus chacun de leur circonscription et de leur nécessité propres, au lieu comme auparavant d'aller obligatoirement l'un avec l'autre et l'un dans l'autre. L'émancipation des individus, avec la révolution dans le mode de constitution du lien social qui la fonde, a pour autre corrélat encore, pour le dire dans le langage reçu, l'avènement d'une division ouverte entre la société civile et l'État »³²².

Cette séparation est le principe fondamental du libéralisme politique, et c'est sur cette base que l'édifice libéral s'est construit. L'État libéral se caractérise par différentes séparations : la séparation de l'État et de la société civile, la séparation de l'État et de la politique, et également la séparation des pouvoirs comme mécanisme de modération et de limitation du

³²¹ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, op. cit.

³²² M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », art. cit., pp. 66-67.

pouvoir de l'État³²³. Ces différentes distinctions ne peuvent exister en dehors du cadre de la pensée libérale, puisqu'elles découlent, par définition, de l'existence d'une sphère privée indépendante de l'action de l'État.

100. L'émergence de cette sphère indépendante de l'État – la société civile – est indétachable de la pensée sur l'individu : elle est née de l'interrogation sur la place et le rôle de l'individu dans la société³²⁴. Si l'histoire de la société civile remonte à l'Antiquité, son sens moderne, toujours envisagé dans son rapport avec l'État, est apparu au XIX^e siècle. À partir du « moment hégélien », la société civile est distinguée de l'État. La « compénétration, intrication, essentielle et intime unité » entre ces deux termes a abouti à un « désemboîtement, [une] désinsertion, [une] *division* » entre les notions³²⁵ (I).

101. C'est sur cette séparation entre l'État et la société civile que reposent le libéralisme politique, et partant, la neutralité de l'État. Cette séparation doit être appréhendée de manière générale ; elle ne correspond pas uniquement à la séparation de l'Église et de l'État (II).

I. L'émergence de la société civile

102. À l'origine, le concept de société civile n'a pas été directement mis en opposition avec le concept d'État³²⁶. Cette dichotomie entre l'État et la société civile est apparue au XIX^e siècle³²⁷. La notion de société civile, qui a permis de penser l'opposition entre l'État et la société, a ainsi évolué depuis son apparition, et a revêtu différents sens³²⁸. Le terme même apparaît pour la première fois dans une traduction de la *Politique* d'Aristote³²⁹ ainsi que dans

³²³ R. MERRILL, « Neutralité éthique de l'État », art. cit., p. 369.

³²⁴ C. GAUTIER et A. FERGUSON, « Introduction. Ferguson ou la modernité problématique », in *Essai sur l'histoire de la société civile*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 8-9.

³²⁵ M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », art. cit., p. 66.

³²⁶ Pour une généalogie complète de la société civile : D. COLAS, *Le glaive et le fléau : généalogie du fanatisme et de la société civile*, Paris, Grasset, 1992.

³²⁷ L. FERRY, « L'émergence du couple Etat/société », in *Histoire de la philosophie politique. Tome IV: Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 37.

³²⁸ D. COLAS, *Le glaive et le fléau*, op. cit., p. 16 : « Une généalogie de “société civile” semble une tâche infinie puisque, outre l'hétérogénéité conceptuelle, il faut tenir compte des avatars de traduction et d'une chronologie qui n'est nullement linéaire. Ainsi un imaginaire lecteur français, au milieu du XIX^e siècle, face aux textes originaux et traductions d'Aristote, Hobbes, Vauban, Tocqueville, Marx, Pie IX, aurait été confronté à autant de sens différents, puisque, par exemple, les souverains pontifes utilisent toujours “société civile” au sens d’“État” par opposition à “Église”, comme le faisaient les auteurs médiévaux, alors que dans la traduction française de Fichte, “société civile” est synonyme d’“État” par opposition à “État de nature”, l'opposition société civile-État ne s'affirmant qu'ultérieurement ; quant à Tocqueville, il donne à l'expression un sens spécifique qui diffère de tous les autres. Et ainsi de suite. ». Voir également pp. 18-19, l'auteur propose un tableau des principales occurrences de « société civile » et de « fanatique ».

³²⁹ L. FERRY, « L'émergence du couple Etat/société », art. cit., p. 38.

l'*Éthique à Nicomaque*, dans lesquels il est utilisé pour désigner « la communauté supérieure qui achève l'ordonnance hiérarchisée des communautés naturelles, et englobe celles qui la précèdent : communauté de l'homme et de la femme, du maître et de l'esclave »³³⁰. De même, dans la tradition latine, puis au Moyen-âge et jusqu'au XVI^e siècle, l'expression de « société civile » est utilisée comme synonyme de la Cité et de l'État³³¹.

103. Le sens de l'expression évolue chez les théoriciens contractualistes modernes, mais celle-ci est toujours utilisée au sens d'organisation politique. Au XVII^e siècle, dans l'œuvre de T. Hobbes, le terme de société civile s'oppose à celui d'« état de nature », et correspond alors à une « création artificielle visant à instaurer un ordre politique stable et pacifique : elle signifie qu'on se trouve en présence d'une société "civilisée", organisée, structurée par l'existence d'un pouvoir politique ; société civile est synonyme de société politiquement organisée, c'est-à-dire d'État »³³². Chez T. Hobbes, la société civile résulte d'un contrat : par l'effet de la volonté des hommes qui instituent un souverain dans le but d'assurer leur sécurité, le contrat social produit la société civile³³³. En intégrant la dimension contractuelle, la « société civile » diffère ainsi de son sens originel. Contrairement à la Cité grecque, la société civile hobbesienne – puisqu'elle résulte d'un contrat – est *artificielle*, et produite par « le renoncement concerté des individus à leur condition naturelle »³³⁴. Par ailleurs, contrairement à la société civile grecque qui « était une relation horizontale entre des hommes libres et égaux, aptes à obéir aussi bien qu'à commander », la société civile, à partir de T. Hobbes, « est au contraire organisée verticalement par la différence qui s'établit en son sein entre l'autorité souveraine et les citoyens-sujets »³³⁵. Avec J. Locke, la société civile se rapproche encore de son sens moderne : le philosophe anglais envisage en effet la société civile « comme la sphère de la propriété et des relations de commerce et d'échange », tandis que l'État est chargé d'assurer « la garantie et la protection des intérêts collectifs »³³⁶ : J. Locke se détache donc de l'acception de la société civile de T. Hobbes. En revanche, comme chez T. Hobbes, la société civile de J. Locke se crée par un contrat : elle est issue de la volonté d'individus libres qui cherchent à se protéger de l'absolutisme³³⁷. La société civile se distingue ainsi de l'état de nature.

³³⁰ C. COLLIOT-THELENE, « État et société civile », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 225.

³³¹ *Ibid.*

³³² J. CHEVALLIER, « Le mirage de la société civile », *Actuel Marx*, 1989, n° 1, p. 48.

³³³ G. PIROTTE, *La notion de société civile*, coll. « Repères », n° 482, Paris, La Découverte, 2018, p. 13.

³³⁴ C. COLLIOT-THELENE, « État et société civile », art. cit., p. 226.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ J. CHEVALLIER, « Le mirage de la société civile », art. cit., p. 48.

³³⁷ G. PIROTTE, *La notion de société civile*, op. cit., p. 15.

104. Parallèlement à ces lectures contractualistes de la société civile, les philosophes des « Lumières écossaises » ont développé leur propre acception de la société civile, sans l'envisager comme un contrat. Ces théoriciens anglo-écossais – parmi lesquels A. Ferguson, A. Smith, D. Hume ou encore B. Mandeville³³⁸ – ont développé une pensée de la société civile centrée sur l'individu³³⁹. L'individu est l'élément premier de l'organisation politique et de ce fait, la société civile a pour objet le bonheur des individus³⁴⁰. Ce courant philosophique anglo-écossais, né avec A. Ferguson³⁴¹, pense la société civile « en relation avec un progrès de la *civilisation*, c'est-à-dire une lente éducation de l'espèce humaine à la politesse des manières et au raffinement des mœurs »³⁴². Ces auteurs appréhendent donc la société civile sous un angle nouveau par rapport à Hobbes, car la société civile correspond, dans leurs théories, à la sphère économique, aux activités de production et d'échange de biens matériels³⁴³. Cette sphère lie l'individu à la société : la société civile se constitue par le marché, et non pas un contrat. Le lien social est donc *naturel* : « [l]'homme, par nature, est membre d'une communauté »³⁴⁴. Les philosophes anglo-saxons ont ainsi proposé une interprétation économique de la société civile³⁴⁵, tandis qu'il n'existait jusque-là qu'une interprétation juridique³⁴⁶.

105. Au sens contemporain, la notion de société civile est apparue chez G. W. H. Hegel, qui est le premier auteur à l'envisager dans son rapport avec l'État. La signification de « société civile » s'inverse alors pour prendre son sens contemporain : la société civile ne renvoie plus à l'État, mais à la sphère privée³⁴⁷, et est envisagée en relation avec l'État³⁴⁸. Contrairement aux théoriciens contractualistes modernes, il n'envisage pas la société civile comme un contrat. Pour le philosophe, la société civile désigne la sphère de la satisfaction des besoins par le travail, régulée par le droit et les corporations. Toutefois, la société civile hégélienne ne se résume pas, comme chez les théoriciens des Lumières écossaises, à la sphère économique : elle est

³³⁸ Pour une analyse détaillée de leurs théories : C. GAUTIER, *L'invention de la société civile: lectures anglo-écossaises, Mandeville, Smith, Ferguson*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

³³⁹ *Ibid.*, pp. 7-8.

³⁴⁰ C. GAUTIER et A. FERGUSON, « Introduction. Ferguson ou la modernité problématique », art. cit., p. 8.

³⁴¹ A. FERGUSON et C. GAUTIER, *Essai sur l'histoire de la société civile*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

³⁴² C. COLLIOT-THELENE, « État et société civile », art. cit., p. 226.

³⁴³ *Ibid.*, p. 178.

³⁴⁴ A. FERGUSON et C. GAUTIER, *Essai sur l'histoire de la société civile*, op. cit., p. 158.

³⁴⁵ Pour une généalogie de l'« *homo oeconomicus* » : C. LAVAL, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, coll. « Tel », n° 419, Paris, Gallimard, 2017.

³⁴⁶ C. COLLIOT-THELENE, « État et société civile », art. cit., p. 228.

³⁴⁷ Pour L. Ferry, la société civile hégélienne ne se confond pas avec la sphère privée des libéraux, car elle n'est pas envisagée comme une sphère d'intérêts privés qui s'opposerait à l'État (L. FERRY, « L'émergence du couple Etat/société », art. cit., pp. 42-43).

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 39.

« juridique et politique »³⁴⁹. Elle est distincte de l'État, mais également de la sphère familiale, et se situe donc entre la famille et l'État³⁵⁰. À partir du « moment hégélien », la société civile ne se pense plus que dans sa relation avec l'État. En revanche, si État et société civile doivent être distingués, ils ne s'opposent pas³⁵¹, car la société ne peut exister sans l'État³⁵². Aussi, la société civile « n'est ni l'origine ni le tout de la société : il théorise soigneusement la distinction société civile-État et il place l'État en position maîtresse »³⁵³. L'existence de la société civile n'est possible que dans le contexte de l'État de droit³⁵⁴. L'État est donc nécessairement antérieur à la société civile, et les deux sont distincts.

II. La séparation entre l'État et la société civile

106. Le libéralisme politique est défini par la distinction « indépassable »³⁵⁵ et la séparation entre l'État et la société civile³⁵⁶, car c'est cette séparation fixe les bornes de l'intervention étatique dans la vie sociale des citoyens. Cette distinction doit être entendue comme un équilibre entre l'un et l'autre : l'État et la société civile doivent être *séparés* sans qu'aucune des deux entités ne vienne englober l'autre. Elles doivent ainsi rester des sphères distinctes, indépendantes, qui s'articulent entre elles sans fusionner. Le libéralisme refuse donc à la fois la fusion de la société civile *dans* l'État, c'est-à-dire la domination complète de l'État sur la société civile, ainsi que la fusion de l'État dans la société civile, c'est-à-dire l'idée anarchiste d'une disparition de l'État dans la société³⁵⁷. Le libéralisme distingue la société civile et l'État *sans accorder de priorité à l'un ou à l'autre*. Pour les libéraux, le pouvoir doit s'équilibrer entre l'État et la société car ni « la société ni l'État ne peuvent être à *eux seuls* de bons gouvernants »³⁵⁸. L'État ne peut disparaître puisque, grâce à lui, la société civile peut se maintenir : il y a ici l'idée hégélienne que les deux ne s'opposent pas, mais qu'au contraire, la

³⁴⁹ D. COLAS, *Le glaive et le fléau*, op. cit., p. 254.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 252.

³⁵¹ C. COLLIOT-THELENE, « État et société civile », art. cit., p. 229.

³⁵² D. COLAS, *Le glaive et le fléau*, op. cit., p. 30.

³⁵³ *Ibid.*, p. 237.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 43.

³⁵⁵ P. RAYNAUD, « Qu'est-ce que le libéralisme ? », *Commentaire*, 2007, vol. 2, n° 118, p. 326.

³⁵⁶ P.-H. TAVOILLOT, « Fondation démocratique et autocritique libérale : Sieyès et Constant », in *Histoire de la philosophie politique. Tome IV: Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 103 : « La définition la plus simple – mais peut-être aussi la plus précise – du libéralisme politique consiste à l'identifier comme le dispositif maintenant une dualité essentielle entre l'État et la société, ou encore entre la sphère publique et la sphère privée. ».

³⁵⁷ P. RAYNAUD, « Libéralisme », art. cit., p. 340.

³⁵⁸ P.-H. TAVOILLOT, « Le libéralisme politique. Victoire ou défaite ? », art. cit., p. 246.

société civile ne peut exister sans l'État. C'est grâce à la garantie étatique des libertés fondamentales que la société civile peut exister et évoluer : l'État est au service de la société³⁵⁹.

107. L'émergence de la distinction entre la société civile et l'État s'est nécessairement faite dans un cadre libéral : cette distinction est totalement absente de l'ordre ancien. Dans sa préface à l'œuvre de B. Constant, M. Gauchet montre que l'avènement de la division ouverte entre la société civile et l'État est fondé sur l'émancipation des individus et donc, correspond à la liberté des Modernes :

« La liberté des Modernes, c'est le dédoublement de l'association humaine qui naît de la soustraction au pouvoir de la partie de l'existence commune correspondant à la formation spontanée, sinon naturelle, du lien de sociabilité. Et le despotisme moderne, en regard, a un nom et des traits fort précisément définis : c'est l'invasion de la sphère civile ou individuelle par la norme politique, la méconnaissance de la disjonction des deux ordres, la réabsorption contraignante de l'ensemble des hommes au sein du politique, au nom de la nécessaire fusion des volontés particulières dans l'acte de la volonté générale, des impératifs supérieurs du salut public ou du primat du point de vue collectif. »³⁶⁰

Dès lors, l'État libéral ne doit intervenir que dans les domaines et tâches régaliennes indispensables, et ne doit pas intervenir dans les autres domaines. L'autonomisation de la société civile, en limitant l'action de l'État, se rattache directement à l'idéal de neutralité. La société civile, depuis le moment hégélien, permet à l'État de gérer « la multiplicité, [...] l'hétérogénéité » car elle « autorise l'existence non seulement de l'individu en tant qu'il recherche son intérêt subjectif mais de groupes dissidents par rapport à l'État et dont la dissidence est juridiquement fondée »³⁶¹.

108. La séparation entre l'État et la société civile ne se résume pas à la séparation de l'État et des Églises. Celle-ci n'est qu'une composante d'une scission plus générale entre ce qui relève des attributions étatiques, et les domaines dans lesquels l'État ne doit pas intervenir. L'hétérogénéité des croyances relatives à la sphère privée ne se cantonne pas à la sphère religieuse, car la diversité de la société ne concerne pas uniquement les croyances religieuses. La séparation entre l'État et la société civile implique une séparation de l'État avec la morale, et non uniquement avec la religion. La distinction entre l'État et la société civile conduit ainsi

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », art. cit., p. 69.

³⁶¹ D. COLAS, *Le glaive et le fléau*, op. cit., p. 257.

à la distinction entre la morale et le droit³⁶². Au-delà de la fondation d'un ordre politique sans recours à l'idée de transcendance, l'État libéral est plus généralement, un État *a-moral*³⁶³ ;

« il n'assume pour lui-même, dans son principe, qu'une morale minimale : il ne prend en rien position sur les points ultimes qui opposent ou divisent les conceptions du bien, il est pour ainsi dire moralement neutre, en ne faisant valoir pour son propre idéal moral [...] que celui qui se trouve centré sur la protection de la diversité des convictions d'ordre privé. Dire qu'un tel État est moralement libéral, c'est donc souligner qu'à l'égard des questions qui concernent le choix des modes d'existence et des buts de vie, les pouvoirs publics respectent les choix libres qu'en font les individus au nom de leurs convictions. Il veille à ce que les choix effectués par les uns n'excluent pas ceux qu'accomplissent les autres et à ce que ces choix ne nuisent pas par leurs conséquences aux conditions de vie de certains : selon ce qui se présente ainsi comme un idéal, l'éthique commune pèserait donc fort peu sur les convictions morales privées, garantissant ainsi aux individus une vaste gamme de choix à travers lesquels ils pourraient organiser librement leurs existences. »³⁶⁴

Dans la pensée libérale, avant même que le concept de neutralité ne soit clairement théorisé, les limites à l'action de l'État ne s'entendaient pas uniquement dans le champ religieux : il s'agissait de protéger la diversité des conceptions du bien.

109. Conclusion de section. Le principe de neutralité de l'État repose sur l'idée que chaque individu a une conception de la vie bonne qui lui est propre, et sur laquelle l'État n'a pas à porter de jugement de valeur, et ne doit pas intervenir par la contrainte, afin de permettre à chaque individu de poursuivre son mode de vie ou sa conception du bien. Cette idée compose le socle du libéralisme politique, et découle de ses principaux piliers : la neutralité axiologique de l'État résulte à la fois de la valorisation de l'individu et de ses libertés, et de la séparation de l'État et de la société civile³⁶⁵. La neutralité est ainsi indétachable de la pensée libérale ; elle ne peut être envisagée dans les sociétés anciennes, fermées³⁶⁶, dans lesquelles le pouvoir politique n'est pas artificiel, et forme un tout avec la société civile. Les démocraties contemporaines, si elles peuvent être d'inspiration républicaine, socialiste, ou communautarienne, ont toutes un

³⁶² P.-H. TAVOILLOT, « Fondation démocratique et autocritique libérale : Sieyès et Constant », art. cit., pp. 247-248.

³⁶³ J.-C. MICHEA, *La double pensée : retour sur la question libérale*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2008, p. 201.

³⁶⁴ A. RENAUT, *Quelle éthique pour nos démocraties*, op. cit., pp. 46-47.

³⁶⁵ A. RENAUT, « Républicanisme et modernité », art. cit., p. 165 et s.

³⁶⁶ K.R. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, 2, coll. « Points Essais », n° 853, Paris, Points, 2018 ; *ibid.*

socle libéral, au sens où elles sont compatibles avec la modernité³⁶⁷. Les fondements nécessaires à la réflexion sur l'idéal de neutralité de l'État se retrouvent donc dans les premiers écrits libéraux. Cependant, il a fallu attendre la fin du XX^e siècle pour que le concept de neutralité soit explicitement théorisé.

CONCLUSION DU CHAPITRE

110. La neutralité de l'État est l'aboutissement du processus de la réflexion né des Lumières et de la tolérance. Pour penser la neutralité, il faut d'abord valoriser l'individu au détriment de la société, et le bien individuel au détriment d'un Bien commun substantiel. La réflexion sur la tolérance a permis en outre, en lien avec la réflexion sur la souveraineté, la distinction entre la sphère religieuse et la sphère civile. Précisément, parce qu'elle est indétachable de la modernité et des valeurs et principes sur lesquelles repose l'État moderne, la neutralité doit être entendue comme une *idéologie*. Ses fondations renvoient à une idéologie particulière : l'idéologie libérale. Dès lors, quelle que soit la manière dont est envisagée la neutralité – dans toutes ses acceptions – il semble évident que le concept de neutralité de l'État, en lui-même, ne peut être neutre, car les sociétés modernes ne le sont pas.

³⁶⁷ A. RENAUT, *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?*, Paris, Grasset, 2005, chap. II « Corriger la trajectoire libérale ».

Chapitre 2. Le concept de neutralité de l'État

« Aucune société ne peut comprendre en elle-même tous les modes de vie. Nous pouvons certes nous lamenter sur cette limitation, en quelque sorte, de l'espace des sociétés et de la nôtre en particulier ; nous pouvons de même regretter certains effets inévitables de notre culture et de notre structure sociale. Ainsi que Isaiah Berlin l'a longtemps soutenu (c'est un de ses thèmes fondamentaux), il n'existe pas de société sans perte, c'est-à-dire pas de société qui n'exclut pas certains modes de vie qui réalisent, de manière particulière, certaines valeurs fondamentales. »

John Rawls³⁶⁸

111. « Comment est-il possible qu'existe et se perpétue une société juste et stable, constituée de citoyens libres et égaux, mais profondément divisés entre eux en raison de leurs doctrines compréhensives, morales, philosophiques et religieuses, incompatibles entre elles bien que raisonnables ? En d'autres termes, comment est-il possible que des doctrines profondément opposées bien que raisonnables puissent coexister et toutes justifier la conception politique qui forme le socle d'un régime constitutionnel ? »³⁶⁹. C'est en partant de cette question que J. Rawls formule pour la première fois³⁷⁰ de manière explicite³⁷¹ le principe de neutralité de l'État. À partir de la parution de la *Théorie de la justice* de J. Rawls³⁷², une partie des auteurs libéraux de la fin du XX^e siècle théorisent la réponse à ce défi pluraliste : les libéraux « neutralistes »³⁷³. C'est, en effet, au sein de la pensée libérale anglo-saxonne³⁷⁴ que le concept

³⁶⁸ J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », art. cit., p. 19.

³⁶⁹ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 6.

³⁷⁰ L'attribution à J. Rawls de la paternité de la neutralité de l'État fait consensus chez les auteurs du débat.

³⁷¹ Sa théorie est développée en particulier dans *Théorie de la justice*, parue en 1971, sans toutefois que le mot « neutralité » soit employé. Il approfondit sa théorie dans *Libéralisme politique*, qui formule explicitement le principe de neutralité de l'État.

³⁷² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit.

³⁷³ Ces auteurs ne sont pas considérés par tous comme appartenant au courant libéral. Voir par exemple : A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit. : L'auteur ne classe pas J. Rawls parmi les libéraux en raison du caractère social-démocrate de la *Théorie de la justice*.

³⁷⁴ Le concept de neutralité de l'État n'est toutefois pas absent de la pensée républicaine. Voir *infra*, §209 et s.

de neutralité de l'État a été majoritairement débattu, et rapidement, il est apparu que le *concept* de neutralité se caractérise par une pluralité de *conceptions*. Les théories de la neutralité se caractérisent donc par l'hétérogénéité de l'objet de la neutralité, de son étendue, de sa justification, et de sa mise en œuvre. Dans son sens le plus général, le concept de neutralité de l'État est compris comme l'interdiction faite à l'État de favoriser une conception du bien.

112. La neutralité de l'État est présentée comme la seule réponse possible au fait du pluralisme, qui est inévitable dans une société³⁷⁵ : elle permet d'assurer la coexistence d'individus adhérents à des conceptions divergentes du bien. Le point de départ des défenseurs de la neutralité est le même que celui de J. Rawls, et de manière générale, le même que toutes les théories libérales : le fait pluraliste. C'est précisément le fait pluraliste qui pose la question des limites morales au pouvoir des gouvernements³⁷⁶, car il est un acquis irrévocable du libéralisme politique³⁷⁷, qui ne peut être remis en question, ni disparaître, les individus libres ayant une « tendance naturelle » à s'opposer les uns aux autres sur ces questions³⁷⁸. Le fait pluraliste³⁷⁹, ou fait du pluralisme, « désigne habituellement le constat empirique trivial selon lequel les individus ont des croyances évaluatives plurielles ou plus ou moins structurées en doctrines morales, religieuses, philosophiques ou autres »³⁸⁰, et renvoie ainsi à la pluralité de conceptions du bien. Les divergences de conceptions du bien est un fait acquis dans la pensée politique moderne³⁸¹. L'une des réponses proposées est celle de la neutralité de l'État. Pour C.

³⁷⁵ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 27 : « La culture politique d'une société démocratique est toujours marquée par une diversité de doctrines opposées et irréconciliables, qu'elles soient morales, philosophiques ou religieuses. Certaines d'entre elles sont parfaitement raisonnables et le libéralisme politique considère cette diversité de doctrines raisonnables comme le résultat inévitable à long terme de l'exercice des facultés de la raison humaine dans un contexte d'institutions libres et durables ». Par ailleurs, J. Rawls précise que cette « diversité de doctrines compréhensives raisonnables que l'on trouve dans les sociétés démocratiques modernes n'est pas une condition purement historique qui pourrait disparaître ; c'est un trait permanent de la culture publique de la démocratie » (*Ibid.*, p. 63).

³⁷⁶ Dès lors que l'on admet que les individus ont des conceptions du bien divergentes, et parfois incompatibles entre elles, il faut trouver des principes d'association qu'il est juste d'établir. Il s'agit de trouver une morale minimale et universelle qui s'accorde avec des conceptions du bien incompatibles et divergentes. Pour C. Larmore, c'est la recherche de cette conception qui constitue le libéralisme politique : l'autorité des impératifs moraux ne peut plus être Dieu, il faut ainsi trouver une autre autorité (C. LARMORE, *Modernité et morale*, op. cit.).

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 87.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 20.

³⁷⁹ Pour C. Larmore, il ne faut pas confondre le fait pluraliste avec le pluralisme, qui est une philosophie selon laquelle il existe plusieurs systèmes de valeurs, qui sont tous « vrais » et peuvent entrer en conflit. Il estime donc que le pluralisme ne peut en aucun cas justifier la neutralité du fait qu'il est, en lui-même, une conception controversée du bien (C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit., p. 142).

³⁸⁰ R. MERRILL, « Pluralisme et libéralisme : incompatibles ? », *Archives de Philosophie du Droit*, 2005, vol. 49, p. 124.

³⁸¹ C. LARMORE, *Modernité et morale*, op. cit., pp. 162-164 : « [...] on a pris de plus en plus conscience du fait que les êtres raisonnables tendent à diverger quant à la définition de la vie bonne. [...] au fil des quatre derniers siècles, la nature de la vie bonne, dans nombre de ses aspects, est apparue comme l'objet d'un désaccord entre personnes raisonnables, désaccord qui n'est pas accidentel, mais au contraire parfaitement prévisible. Le fait d'être raisonnable, c'est-à-dire de penser et de converser de bonne foi et en faisant appel, du mieux que l'on peut, aux

Larmore, l'idée de neutralité a pour origine deux problèmes que la pensée libérale tente de résoudre depuis le XVI^e siècle : la question des limites morales au pouvoir des gouvernements, et la question des divergences dans la définition de la vie bonne³⁸². Pour les libéraux, il ne peut y avoir d'unanimité sur la question du Bien dans un État libéral, car ils considèrent que l'unanimité ne peut être que le fruit de la coercition³⁸³ ; dès lors, l'État doit s'accommoder des désaccords sur la question du Bien, et, ainsi, limiter le pouvoir d'État au moyen de la neutralité. Si l'expression « neutralité de l'État » englobe de multiples définitions chez les libéraux « neutralistes », elle est toujours envisagée comme une limite au pouvoir de l'État : pour être légitime, l'État doit rester neutre à l'égard des conceptions du bien. La neutralité serait le point central du libéralisme³⁸⁴, car seul un État neutre peut être légitime dans le contexte contemporain de la pluralité des modes de vie. Ainsi, l'idéal de neutralité est d'abord un idéal libéral, car la réponse apportée par la neutralité est celle que les libéraux tentent de trouver depuis le XVI^e siècle : celle de la place de l'État et de la limite à ses pouvoirs³⁸⁵.

113. Dans la tradition libérale, la neutralité de l'État se déduit de la valorisation de l'individu : elle est rendue *nécessaire* par le fait que la liberté individuelle serait entravée par l'État si celui-ci reflétait une quelconque idéologie³⁸⁶. Les libéraux n'ont toutefois jamais envisagé la neutralité de l'État comme une neutralité totale, car une telle acception serait absurde et aboutirait à la fin de l'État. En revanche, une partie des libéraux a défendu la nécessité d'un État neutre par rapport aux fins individuelles et aux conceptions du bien que doivent pouvoir librement poursuivre les individus. La coexistence des individus, de *tous* les individus, quels que soient leurs croyances, leurs modes de vie, leurs couleurs de peau, leurs orientations sexuelles, leurs origines, doit être permise par l'État, qui, en reconnaissant la

capacités générales de la raison qui interviennent dans tous les domaines d'investigation, a cessé d'être considéré comme une garantie d'unanimité. [...] Les penseurs libéraux, pour qui toute unanimité quant à la nature de la vie bonne est plus vraisemblablement le fruit de la coercition que de la raison, doivent attribuer de toutes autres fins à l'État. Pour résoudre ces deux problèmes d'un seul coup, ils ont cherché à circonscrire le rôle de l'État au moyen d'une *conception morale minimale*. Il est nécessaire de concevoir des principes politiques qui expriment une certaine idée du bien commun. Pourtant cette conception morale doit être moins compréhensive que ces différentes idées de la vie bonne sur lesquelles les êtres raisonnables ne s'accordent pas. Plus précisément, ce doit être une conception à laquelle puissent adhérer le plus d'individus possible, même s'ils diffèrent inévitablement sur la valeur qu'il convient d'attribuer à des modes de vie spécifiques. [...] Pour décrire cet idéal, la notion de *neutralité* vient tout naturellement à l'esprit ».

³⁸² C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit., pp. 141-142.

³⁸³ *Ibid.*, p. 143.

³⁸⁴ C. LARMORE, *Modernité et morale*, op. cit., p. 163 ; B. ACKERMAN, *Social justice in the liberal state*, op. cit., p. 10 ; R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit.

³⁸⁵ B. Ackerman commence ainsi son ouvrage central : « Aussi longtemps que nous vivons, il ne peut y avoir d'échappatoire à la lutte pour le pouvoir » (B. ACKERMAN, *Social justice in the liberal state*, op. cit., p. 3 (traduction libre)).

³⁸⁶ Voir *infra*, §183 et s.

diversité, garantit la liberté et l'égalité. L'idée que l'État puisse être neutre, alors même qu'il poursuit toutes sortes d'objectifs parmi lesquels des objectifs moraux et sociétaux, fait de la neutralité de l'État un concept ambiguë. Pour faire sens, le concept de neutralité de l'État doit se comprendre comme étant circonscrit par un cadre déterminé. Il y a effectivement des limites à la neutralité de l'État : ces limites correspondent à des « méta-valeurs », c'est-à-dire des valeurs supérieures sur lesquelles sont adossées d'autres valeurs. Celles-ci sont indispensables à la compréhension du concept, car la neutralité de l'État, en tant qu'idéologie, ne saurait être totale. Dans la théorie de la neutralité de l'État, ces valeurs supérieures sont conceptualisées à travers la distinction entre le Juste et le Bien, qui permet de délimiter l'objet de la neutralité. La neutralité de l'État étant née des idées libérales, les valeurs du Juste qui la délimitent correspondent aux méta-valeurs libérales. Elles sont à la fois la *source* de la neutralité, car la proclamation de ces méta-valeurs libérales nécessite de mettre en œuvre la neutralité, mais elles sont également la *condition* de la neutralité, en tant qu'elles permettent la cohérence conceptuelle du principe. Ces valeurs principielles sont indispensables à la compréhension ainsi qu'à la mise en œuvre de la neutralité de l'État, et correspondent aux valeurs constitutives des régimes démocratiques et libéraux³⁸⁷.

114. Les valeurs du Juste représentent les valeurs principielles : ce sont ces méta-valeurs qui justifient la nécessité de la neutralité de l'État. Dès lors qu'il a pour objectif de privilégier l'individu et ses libertés, l'État ne peut être totalement neutre : il ne peut être parfaitement *a-moral*. La distinction entre le Juste et le Bien permet de déterminer l'objet de la neutralité : l'État doit être neutre vis-à-vis du Bien, et non vis-à-vis du Juste. Les méta-valeurs du Juste permettent la coexistence des individus adhérents à différentes conceptions du Bien. Ces méta-valeurs aident à appréhender plus clairement le cadre de la neutralité de l'État, mais soulèvent la question de leur nature (**Section 1**).

115. La distinction entre le Juste et le Bien, critiquée pour son ambiguïté, met en exergue les difficultés du concept. Il y a des méta-valeurs inhérentes à la neutralité, car celle-ci est le résultat de la révolution moderne qui a proclamé un certain nombre de présupposés découlant de la valeur matricielle : la liberté individuelle. Les valeurs du Juste sont donc indétachables du socle libéral sur lequel repose le concept. Autrement dit, les présupposés à la neutralité de l'État sont la cause de l'ambiguïté de la neutralité de l'État : le socle libéral est un socle de méta-valeurs. Ce postulat nécessite d'appréhender la neutralité de l'État comme un principe

³⁸⁷ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 19.

institutionnel mis en place pour garantir la liberté individuelle. L'exigence de neutralité doit être comprise comme une *limite morale* à l'intervention de l'État, ce qui implique que le concept de neutralité de l'État se heurte nécessairement au choix initial en faveur de la liberté individuelle. Dès lors, le cadre délimité par la distinction entre le Juste et le Bien est un moyen au service de la liberté individuelle, de laquelle découlent les autres valeurs libérales constitutives des sociétés modernes. Aussi, la neutralité doit être appréhendée à travers la distinction entre *fins* et *moyens* : la finalité se trouve dans la liberté individuelle, et le moyen correspond à la neutralité de l'État (**Section 2**).

SECTION 1. LE JUSTE ET LE BIEN, CADRE CONCEPTUEL DE LA NEUTRALITE

116. Chez les théoriciens de la neutralité de l'État, le cadre délimitant le concept est appréhendé à travers la distinction entre le Juste et le Bien, permettant de déterminer l'objet du principe de neutralité de l'État. Or, la neutralité peut être entendue de différentes manières, y compris concernant son objet. Si l'objet consensuel du principe de la neutralité se trouve dans les conceptions du bien, la théorisation du concept englobe également la neutralité relative au Juste. Dans le sens le plus restreint, qui est celui du Bien comme objet de la neutralité, la distinction permet de donner une cohérence et une consistance au concept de neutralité. Les principes du Juste correspondent alors à des méta-valeurs sur lesquelles la neutralité de l'État est adossée. En cela, la distinction entre le Juste et le Bien est essentielle au principe de neutralité de l'État : sans l'existence de méta-valeurs, il est impossible de penser la neutralité sans aboutir à la fin de l'État. Considérer que l'objet de la neutralité est le Bien et non le Juste invite nécessairement à s'interroger sur l'articulation entre ces deux concepts majeurs de la philosophie morale, car cette distinction pose les frontières conceptuelles de la neutralité de l'État.

117. Si le concept de neutralité exige tout d'abord, pour être intelligible, de distinguer entre le Juste et le Bien, il exige plus particulièrement la *priorité* du Juste par rapport au Bien. L'importance du primat du Juste dans la pensée libérale invite à s'interroger sur la nature de ce concept et la signification de sa « priorité » sur le Bien (§1).

118. Les interrogations sur le caractère prioritaire du Juste et sa nature, présentent de nombreuses difficultés sur lesquelles portaient en grande partie les premières critiques du concept de neutralité. Néanmoins, la distinction entre le Juste et le Bien demeure indispensable pour comprendre que la neutralité de l'État est délimitée à l'intérieur d'un cadre déterminé, celui des méta-valeurs du Juste (§2).

§1. Le primat du Juste sur le Bien dans la pensée libérale

119. En elle-même, la distinction entre le Juste et le Bien, qui remonte à la philosophie grecque, ne suffit pas à expliquer le concept de neutralité de l'État. Celui-ci n'a pu apparaître

qu'avec l'idée que le Juste doive être supérieur au Bien, idée caractéristique de la pensée moderne. Dans l'histoire des idées, cette articulation permet ainsi de distinguer la pensée des Anciens de la pensée des Modernes (I).

120. Le Bien étant relégué à la sphère privée chez les libéraux, le Juste a un caractère « prioritaire » sur ce dernier et représente donc les limites à la neutralité de l'État (II).

I. La place du Juste et du Bien chez les Modernes

121. Appréhender l'objet et la finalité de la neutralité de l'État nécessite d'utiliser la distinction entre le Juste et le Bien. Parce qu'ils sont des concepts abstraits de philosophie morale, leur utilisation en philosophie politique soulève de nombreuses difficultés, à la première place desquelles se trouvent précisément les difficultés sémantiques (A).

122. Dans la philosophie politique, l'articulation entre le Bien et le Juste sert à déterminer le rôle de l'État et de son action. Dans la pensée moderne, il ne revient pas à l'État de fixer des règles relatives au Bien, mais uniquement celles relatives au Juste : l'exigence d'abstention de l'État dans le domaine du Bien, et ainsi, la priorité accordée au Juste dans la philosophie politique, est caractéristique de la pensée des Modernes (B).

A) Définitions

123. Concepts centraux de la philosophie morale, le Juste et le Bien n'ont pas de définitions claires et consensuelles. Auteur d'un essai relatif aux définitions et à la distinction entre ces deux concepts, le philosophe britannique W. D. Ross souligne, dès les premières lignes de sa préface, « la grande difficulté de la plupart des principaux problèmes relatifs à l'éthique », qui exige de « longues et minutieuses discussions »³⁸⁸. Mobiliser cette distinction multiséculaire invite à faire appel à la méta-éthique afin de proposer un tour d'horizon des différentes définitions du « Bien » et du « Juste » susceptibles d'en dégager la substance et, surtout, l'usage général que revêtent ces deux termes de philosophie morale en philosophie politique.

³⁸⁸ W.D. ROSS, *The right and the good*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2003, p. V (traduction libre).

I. Le Bien

124. Principal objet de la philosophie morale depuis l'Antiquité et jusqu'à l'avènement de l'État moderne, le Bien est intimement lié à la « vie bonne » et, plus généralement, à la notion de « bonheur »³⁸⁹. Dans les écrits relatifs à la neutralité, différentes variantes du terme sont utilisées : « conceptions du bien », « doctrines compréhensives », « conceptions substantielles du Bien », « conceptions de la vie bonne », « conceptions substantielles de la vie bonne », « modes de vie », ou encore « idéaux »³⁹⁰. Chacune de ces différentes expressions, bien qu'elles puissent contenir de subtiles différences, doit être entendue comme faisant référence à la notion générale de « Bien », dont la définition varie également selon les auteurs. W.D. Ross définit le Bien comme ce qui est *désirable*. Quelle que soit la définition donnée, le Bien est toujours entendu comme « l'objet d'un mouvement, d'une orientation, d'une visée »³⁹¹, ce qui se retrouve dans la définition de J. Rawls, selon qui « le bien d'une personne est déterminé par ce qui est, pour elle, le projet de vie le plus rationnel dans un contexte relativement favorable »³⁹². Pour J. Rawls, une conception du bien « consiste normalement en un système déterminé de buts et de finalités auquel s'ajoute le désir que prospèrent certaines personnes et certaines associations, qui font l'objet d'engagement et de fidélités », et « comprend également une vision de notre relation au monde – religieuse, philosophique ou morale – vision du monde en référence à laquelle sont compris ces finalités et engagements »³⁹³. Selon la définition donnée par J. Waldron, « la conception du Bien d'un individu comprend ses objectifs de vie, les buts et les valeurs qui guident par exemple son choix de carrière, ses goûts et préférences ; c'est un plan de vie ou une stratégie de vie qu'une personne utilise comme base pour prendre et réfléchir sur les décisions les plus importantes et pour classer ce qui relève de ses plaisirs ou de ses revers (dans la mesure où elle en a le contrôle) »³⁹⁴. R. Dworkin le définit encore comme « ce qui donne la valeur à la vie »³⁹⁵. Ces définitions³⁹⁶ sont toutes centrées autour de l'idée de projet, d'avenir, de futur. Le Bien est ce

³⁸⁹ M. CANTO-SPERBER et R. OGIER, *La philosophie morale*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 19.

³⁹⁰ L'ensemble des auteurs mobilisés dans ce travail utilise alternativement ces expressions.

³⁹¹ M. CANTO-SPERBER et R. OGIER, *La philosophie morale*, op. cit., p. 19.

³⁹² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 437.

³⁹³ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 359.

³⁹⁴ J. WALDRON, « Legislation and moral neutrality », art. cit., p. 76 (traduction libre).

³⁹⁵ R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit., p. 239.

³⁹⁶ Ces définitions ont été volontairement choisies chez les théoriciens de la neutralité de l'État, afin de réduire l'acception du concept de « Bien » dans le cadre de la philosophie politique contemporaine.

vers quoi tous les individus tendent ; c'est ce qui donne un sens à l'existence. En cela, il est une *recherche* constante et évolutive.

125. Chaque individu a nécessairement une conception du bien : R. Dworkin insiste particulièrement sur cette idée. Dans ses écrits, le Bien correspond à la conception plus ou moins articulée que chaque personne a de ce qui donne la valeur à la vie, quelle que soit l'importance que celle-ci revêt pour l'individu. C'est ainsi que le Bien peut se caractériser tant par une croyance religieuse sincère et profonde que par la conviction que le bonheur se trouve dans une bière bien fraîche³⁹⁷. Ainsi, une conception du bien n'implique pas nécessairement d'avoir pleinement conscience de cette conception, ou encore d'y attacher une importance particulière. Dans l'exemple donné par R. Dworkin, l'individu qui considère que le bonheur de la vie se trouve dans le fait de boire une bière devant la télévision n'a pas nécessairement conscience que cette conception est au cœur de sa vie. Le dignitaire religieux, en revanche, a pleinement conscience que la religion est au cœur de sa vie et oriente ses actions : il a une conscience bien plus poussée de sa conception du bien et de la place que celle-ci occupe dans sa vie. Or, tous deux ont, au même titre, une conception du bien. Dès lors que l'importance que le Bien revêt pour l'individu n'est pas déterminant pour être capable d'une conception du bien, cela implique que tous les individus ont une conception du bien :

« Être capable d'une conception du bien, c'est être capable de former, de réviser et de poursuivre rationnellement une telle conception, c'est-à-dire une conception de ce qu'est, pour nous, une vie humaine qui mérite d'être vécue. »³⁹⁸

Le concept de Bien, ou de « vie bonne », renvoie, de manière générale, aux réponses que chaque individu se donne à lui-même sur la manière dont sa vie doit être vécue. Il n'y a donc pas de caractère obligatoire rattaché au terme de « Bien »³⁹⁹. Cette absence de caractère obligatoire découle du caractère subjectif du Bien : dans la mesure où le Bien est défini comme une recherche, il ne s'entend pas d'un ensemble de règles figées. Il y a, dans le concept de

³⁹⁷ R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit., p. 239 : « [...] chacun suit une conception plus ou moins consciente de ce qui donne sa valeur à la vie. L'érudit qui valorise la contemplation est animé par une vision de ce genre ; c'est le cas également de l'homme qui aime regarder la télévision une canette de bière à la main en disant "ça, c'est la vie", même s'il a moins réfléchi à la question et s'il est moins à même de définir ou de défendre sa propre vision de la vie ».

³⁹⁸ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 359.

³⁹⁹ Le fait de définir le Bien comme quelque chose de désirable excluant la dimension d'obligation pose problème dans l'utilisation de la distinction du Juste et du Bien pour penser la neutralité. Par exemple, les croyances religieuses sont considérées comme relevant du Bien, et non du Juste. Or, certaines pratiques religieuses, comme certaines interdictions alimentaires, sont vécues comme de véritables obligations par les croyants. Cela a pour conséquence que la classification de ce qui relève du Bien et ce qui relève du Juste rend la distinction difficilement applicable. Voir *infra*, § 583 et s.

« Bien », l'idée d'une finalité, d'un projet, et donc l'idée de quelque chose d'inabouti : en somme, une recherche perpétuelle.

126. De manière générale, dans la philosophie morale et politique, le Bien peut être entendu au sens large ou au sens étroit. Au sens large, le Bien englobe tout ce qui peut permettre aux individus de tendre vers la vie bonne. Dans la théorie de la neutralité, ce sens large n'est pas retenu : le Bien n'a pas vocation à englober les « biens primaires », c'est-à-dire les biens essentiels à la vie, qui améliorent effectivement le mode de vie, mais ne doivent pas être considérés comme faisant partie du « Bien »⁴⁰⁰. Ces biens premiers sont indispensables à l'ensemble des individus : ils correspondent aux biens dont les individus ont besoin en tant que personnes libres et égales⁴⁰¹. L'État peut promouvoir des biens primaires tout en respectant le principe de neutralité⁴⁰². Le sens étroit du Bien excluant les biens premiers est le sens communément accepté.

2. Le Juste

127. Si le Bien correspond à ce que l'individu se doit à lui-même, le Juste correspond à ce qu'il doit à autrui. Le concept de Juste est d'une « ambiguïté considérable »⁴⁰³ : W. D. Ross relève que « l'usage du mot n'est pas entièrement cohérent avec lui-même »⁴⁰⁴, car dans ses usages, différents sens lui sont attribués. Ainsi, certains l'emploient en l'envisageant non seulement comme ce qui est obligatoire, mais également comme ce qui est moralement bon (*morally good*). Or, pour W. D. Ross, il y a une réelle différence entre ce qui est Juste et ce qui est moralement bon : le Juste est bien plus restreint dans sa définition car il correspond uniquement à ce qui est moralement *obligatoire*. De même, C. Larmore, en s'appuyant sur la pensée du philosophe H. Sidwick, définit le Juste comme exprimant « l'idée d'une prescription

⁴⁰⁰ J. Rawls distingue deux théories du bien. Il développe une théorie restreinte du bien, nécessaire pour établir les principes de la justice, qui correspondent aux « biens premiers » : « Mais, pour établir ces principes, nous avons besoin de présupposés sur les motivations des partenaires dans la position originelle. Comme ces présupposés ne doivent pas mettre en danger la priorité du concept du juste, la théorie du bien qui est utilisée ici est limitée à l'essentiel. C'est cette analyse du bien que j'appellerai la théorie étroite : son but est de garantir les prémisses nécessaires concernant les biens premiers pour arriver aux principes de la justice. Une fois cette théorie élaborée et les biens premiers analysés, nous sommes libres d'utiliser les principes de la justice dans l'élaboration ultérieure de ce que j'appellerai la théorie complète du bien. » (J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 438).

⁴⁰¹ *Ibid.*, §§ 15 et 67 ; J. RAWLS, « Unité sociale et biens premiers », *Raisons politiques*, 2009, vol. 1, n° 33, pp. 9-43 : Dans cet essai, le philosophe développe la notion de « biens premiers », évoquée dans la *Théorie de la justice*.

⁴⁰² Cette théorie de la neutralité des biens premiers est notamment critiquée par T. Nagel : T. NAGEL, « Rawls on Justice », *The Philosophical Review*, avril 1973, vol. 82, n° 2, pp. 220-234.

⁴⁰³ W.D. ROSS, *The right and the good*, op. cit., p. 1 (traduction libre).

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 2 (traduction libre).

autoritaire, une règle ou un ordre auxquels la conduite doit être subordonnée »⁴⁰⁵. Le Juste peut être compris comme la réponse à la question de savoir ce que chacun doit à autrui pour qu'une société puisse fonctionner : les principes de justice doivent impérativement être déterminés et respectés pour la survie de l'État. De ce fait, le Juste renvoie toujours à quelque chose d'*obligatoire*, à ce que l'on doit faire « moralement ».

128. Dans la philosophie politique, le Juste désigne plus spécifiquement les principes politiques de justice sur lesquels reposent les États ; il sert alors à désigner les droits ou les libertés individuels fixés par la Constitution⁴⁰⁶, et correspond ainsi à la structure de base de l'État, aux institutions de l'État qu'elle détermine. J. Rawls formule quant à lui une nuance entre le Juste et la structure de base de l'État : dans sa théorie de la justice comme équité, la structure de base est l'*objet* de la justice. Il définit le Juste comme « un ensemble de principes, généraux quant à leur forme et universels dans leur application, qui doit être publiquement reconnu comme l'instance finale pour hiérarchiser les revendications conflictuelles des personnes morales »⁴⁰⁷. La structure de base doit correspondre aux principes du Juste :

« Les institutions de la structure de base sont considérées comme justes dès lors qu'elles satisfont aux principes que des personnes morales, libres et égales, et placées dans une situation équitable, adopteraient dans le but de réguler cette structure. »⁴⁰⁸

129. Le Juste et le Bien sont ainsi deux concepts distincts : le Juste correspond à un ensemble de règles considérées comme obligatoires, et le Bien correspond à une recherche de ce qui est substantiellement désirable. Les règles qui organisent la structure de base de l'État correspondent au Juste, ce qui soulève la question de la place du Bien dans l'organisation et la détermination de la structure de base de l'État, et plus particulièrement, la question de savoir si le Juste doit, ou non, être fixé par rapport au Bien.

B) Le primat du Juste, caractéristique de la pensée des Modernes

130. La distinction entre le Juste et le Bien, et la priorité de l'un par rapport à l'autre, établit une ligne de partage entre les pensées « anciennes » et « modernes ». En se fondant sur

⁴⁰⁵ C. LARMORE, *Modernité et morale*, op. cit., p. 46.

⁴⁰⁶ Pour P. Neal par exemple, le Juste doit être compris comme « couvrant les droits ou les libertés individuels » (P. NEAL, « Une théorie libérale du bien ? », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 125).

⁴⁰⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 167.

⁴⁰⁸ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 324.

le philosophe H. Sidwick, C. Larmore explique que la question de la priorité du Juste sur le Bien ou du Bien sur le Juste permet de distinguer entre deux conceptions de la morale⁴⁰⁹. Dans l'Antiquité grecque et au Moyen-Âge, seules importaient les questions relatives au Bien ; dès lors, l'objectif de l'État était de protéger les conceptions substantielles du bien⁴¹⁰. Les Cités antiques étaient organisées selon un « principe perfectionniste », c'est-à-dire qu'elles « poursuivaient la réalisation de valeurs positives, ajustées à la vertu, au bien commun ou au salut public »⁴¹¹. Le Bien, finalité de la collectivité, déterminait les principes du Juste, et ainsi, l'emportait sur lui.

131. Dans la pensée politique des Anciens, le Bien – envisagé comme projet – était « commun ». Le Bien commun renvoyait alors à la question de la fondation de l'ordre politique : les Grecs portaient du postulat selon lequel l'ordre politique devait nécessairement tendre vers le Bien Commun. Ainsi, le Bien commun représentait la *finalité* du pouvoir politique. Au Moyen-Âge, il fut assimilé au divin. Rattaché à une source transcendante, précédant les individus, le Bien commun s'incarnait naturellement dans la monarchie de droit divin. L'État, en la personne du monarque, agissait nécessairement en son nom, détenant son pouvoir directement de Dieu. En particulier, avec Saint-Thomas d'Aquin, le Bien commun prend un sens religieux et transcendant. Pour le Docteur angélique, la fonction principale de la loi est la mise en œuvre du Bien commun, celui-ci étant considéré à la fois comme une fin et un moyen : « [i]l est moyen vis-à-vis du bien final de l'individu, du plein développement de sa personnalité morale dans l'épanouissement de sa vie intérieure de charité ; il est fin en tant que sa réalisation précède et conditionne l'acquisition du bien final »⁴¹². En d'autres termes, le Bien commun permet à l'Homme d'atteindre son propre bien : le bien de chaque personne passe par le Bien commun⁴¹³. De ce fait, dans la pensée des Anciens, les règles de justice doivent être fixées en fonction du Bien commun : c'est la finalité de l'ordre politique qui détermine les principes de justice. Le Juste, ensemble de règles obligatoires, est fixé en fonction du Bien, finalité et projet subjectif d'une société donnée. En ce sens, la pensée des Anciens se caractérise par la priorité du Bien sur le Juste.

⁴⁰⁹ C. LARMORE, *Modernité et morale*, op. cit., p. 45.

⁴¹⁰ C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit., p. 143.

⁴¹¹ J.-M. FERRY, « De l'élection de valeurs à l'adoption de normes », in S. MESURE (dir.), *La rationalité des valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 150-151.

⁴¹² A. MODDE, « Le Bien Commun dans la philosophie de Saint-Thomas », *Revue Philosophique de Louvain*, 1949, vol. 47, n° 14, p. 240.

⁴¹³ M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général, bien commun », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1998, n° 5, p. 1204.

132. À partir de la Révolution et de la philosophie des Lumières, lorsque la question de la fondation de l'ordre politique s'est trouvée profondément transformée par le triomphe de l'individualisme et des droits de l'Homme, la notion de Bien commun moral, religieux, et transcendant les intérêts particuliers fut amputée de son versant substantiel. Contrairement aux cités antiques, la finalité de l'État moderne exclut de se prononcer sur le sens de l'existence humaine. Chez les Modernes, la nature de la valeur morale est profondément modifiée par le caractère prioritaire accordé au Juste, qui permet d'arbitrer le Bien. Les États modernes reposent sur une théorie du Juste selon laquelle « est juste toute action dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle »⁴¹⁴. Les Modernes valorisent le Juste au détriment du Bien car ils considèrent, depuis les premiers libéraux, que le Bien relève de la vie privée et du choix des individus. Ainsi, le Bien commun au sens philosophique, moral, ou religieux disparaît de la pensée libérale au profit de la protection des intérêts particuliers. L'idée selon laquelle les individus préexistent à leur appartenance sociale a pour conséquence la défense des droits individuels. Dès lors, la construction de l'ordre politique ne peut plus s'appuyer sur un *ethos*. Par conséquent, les libéraux fondent la théorie de l'État sur les principes du Juste, considérés comme une éthique minimale⁴¹⁵. Aussi, si dans l'ordre ancien la satisfaction du Bien commun était la finalité de l'ordre politique, ce dernier n'a plus sa place dans la modernité.

133. La formule de « priorité du Juste sur le Bien » vient d'E. Kant, et exprime « une position qui se veut en rupture avec toute éthique fondée sur un concept particulier du bien ou du bonheur »⁴¹⁶. Le Juste renvoyant à une obligation, le Bien doit nécessairement être en accord avec le Juste. Si l'argumentation et la justification de cette priorité du Juste varient en fonction des auteurs et des courants de pensée, il y a, chez les Modernes, un consensus autour de la nécessaire priorité du Juste : l'État n'a pas vocation à favoriser la vie bonne. La primauté du Juste sur le Bien, ou du Bien sur le Juste traite ainsi de la question de la fondation de l'ordre politique : chez les Modernes, cette question est indépendante de la finalité de la vie. L'éthique minimale des sociétés modernes se définit par cette croyance morale en la nécessité d'une priorité du Juste sur le Bien, caractéristique de la pensée libérale, qui a pour conséquence une

⁴¹⁴ E. KANT, *La Métaphysique des Mœurs*, cité par A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., p. 71.

⁴¹⁵ *Ibid* : « Le libéralisme est d'une certaine manière une théorie du juste plutôt que du bien si celui-ci renvoie à un ensemble de prescriptions déduites de fins dernières censées s'imposer à tous – alors que les libéraux voient là quelque chose ne relevant que du strict choix personnel. À cet égard, leur seul souci est d'établir des principes métanormatifs réglant les conduites interindividuelles dans le respect de l'égale liberté de croyance et des justes droits de vivre en conséquence pour son propre compte – et non de guider les individus vers le bien. ».

⁴¹⁶ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., p. 27.

dissociation entre la communauté morale et la communauté légale d'un État⁴¹⁷. Les règles obligatoires nécessaires à la survie de la communauté légale doivent primer sur la recherche subjective du sens de la vie. La priorité du Juste, qui doit être considérée comme un acquis de la Modernité, soulève toutefois des interrogations sur le sens de ce caractère « prioritaire ».

II. La signification du caractère prioritaire du Juste

134. La particularité des Modernes réside dans l'idée de construire la société sur une conception partagée du Juste primant sur le Bien. Mais le caractère « prioritaire » du Juste sur le Bien peut être envisagé dans deux sens différents, distingués notamment par M. Sandel dans son ouvrage *Le libéralisme et les limites de la justice*⁴¹⁸ : le sens *épistémologique* et le sens *moral*. Au sens épistémologique, l'objet de la neutralité correspond au choix des principes de justice, tandis qu'au sens moral, il se trouve dans les conceptions différentes de la vie bonne. Différencier ces deux sens dans l'expression de « primauté du Juste » – ou « priorité du Juste » – apparaît essentiel pour appréhender le concept de neutralité de l'État, car les frontières de la neutralité sont déterminées par cette distinction. La différence d'objet de la neutralité selon l'acception utilisée est loin d'être anecdotique : l'exigence de neutralité est profondément différente dans un sens et dans l'autre.

135. Ces deux conceptions du primat du Juste se distinguent par des acceptions différentes sur le terme de « priorité » ou de « primauté ». Au sens épistémologique, la primauté signifie l'indépendance, l'antériorité. En ce sens, la priorité du Juste signifie que celui-ci est déterminé sans faire appel au Bien : les principes du Juste sont choisis de manière « neutre ». Le sens épistémologique est la caractéristique du libéralisme politique théorisé par J. Rawls (A).

136. Au sens moral, la primauté signifie la préséance : le Juste est hiérarchiquement supérieur au Bien. Le sens moral est ainsi moins complexe à appréhender : l'origine et la nature des principes du Juste importent peu, l'essentiel étant que ces principes délimitent les conceptions du bien pouvant être adoptées par des individus vivant en communauté. Les valeurs du Juste sont alors des conditions de possibilité du Bien. Le sens moral de la formule, en laissant de côté les questionnements autour de la nature intrinsèque du Juste et de sa justification, permet de donner une plus grande cohérence à l'idée de neutralité de l'État (B).

⁴¹⁷ J. LACROIX, « Communauté légale et communauté morale », *Éthique publique*, 2004, vol. 6, n° 1.

⁴¹⁸ M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 1999.

A) Le sens « épistémologique » de la primauté du Juste

137. Dans la théorisation de l'idéal de neutralité, la conception épistémologique⁴¹⁹ – ou déontologique⁴²⁰ – de la priorité du Juste est celle qui pose le plus de difficultés, et qui a donc été le plus débattue⁴²¹. Cette conception renvoie à l'obligation de fixer des principes de justice de manière « neutre », c'est-à-dire indépendamment de considérations relatives au Bien. L'exigence de neutralité relative aux choix des principes de justice correspond au concept de « neutralité fondationnelle », et au libéralisme politique, dont J. Rawls est le principal défenseur : il est, en effet, l'un des principaux auteurs à voir dans l'exigence de priorité du Juste la nécessité de penser celui-ci indépendamment d'une conception du bien. Selon cette conception, la priorité du Juste désigne « une forme privilégiée de justification : le juste est antérieur au bien, non pas seulement parce que ses exigences doivent l'emporter, *mais aussi parce que ses principes sont déduits de manière indépendante* »⁴²². Au sens épistémologique, la primauté du Juste renvoie donc aux fondations des institutions libérales.

138. Comme l'ensemble des libéraux, J. Rawls considère que l'unité et l'uniformité de doctrines compréhensives au sein d'un État ne peut exister et être maintenue que par un pouvoir tyrannique⁴²³. La justice étant « la première vertu des institutions sociales », cet auteur veut élaborer une théorie de la justice « qui soit une solution de rechange à ces doctrines qui ont dominé depuis longtemps notre tradition philosophique »⁴²⁴. L'objectif est alors de fixer un ensemble de principes qui détermine « un système de coopération visant à assurer le bien de ses membres »⁴²⁵ :

« Ces principes sont ceux de la justice sociale : ils fournissent un moyen de fixer les droits et les devoirs dans les institutions de base de la société et ils définissent la répartition adéquate des bénéfices et des charges de la coopération sociale.

Or, nous dirons qu'une société est bien ordonnée lorsqu'elle n'est pas seulement conçue pour favoriser le bien de ses membres, mais lorsqu'elle est aussi déterminée par une conception publique de la justice. C'est-à-dire qu'il s'agit d'une société où, premièrement, chacun accepte et sait que les autres acceptent les mêmes principes de la justice et où, deuxièmement, les institutions de base de la

⁴¹⁹ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., p. 30.

⁴²⁰ M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, op. cit., p. 25.

⁴²¹ Voir *infra*, § 164 et s.

⁴²² M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, op. cit., p. 25 (nous soulignons).

⁴²³ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 64.

⁴²⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 29.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 30.

société satisfont, en général, et sont reconnues comme satisfaisant ces principes. Dans ce cas, même si les hommes émettent des exigences excessives les uns à l'égard des autres, ils reconnaissent néanmoins un point de vue commun à partir duquel leurs revendications peuvent être arbitrées. Si la tendance des hommes à favoriser leur intérêt personnel rend nécessaire de leur part une vigilance réciproque, leur sens public de la justice rend possible et sûre leur association. Entre des individus ayant des buts et des projets disparates, le fait de partager une conception de la justice établit les liens de l'amitié civique ; le désir général de justice limite la poursuite d'autres fins. Il est permis d'envisager cette conception publique de la justice comme constituant la charte fondamentale d'une société bien ordonnée. »⁴²⁶

139. En raison du fait pluraliste, les principes du Juste doivent être choisis par des individus qui s'accordent sur ces principes envisagés par tous comme *raisonnables*. L'objectif de J. Rawls est ainsi de renouer avec le contractualisme, tout en intégrant la problématique de la justice sociale⁴²⁷. Sa théorie vise à montrer que les principes de justice peuvent être choisis et acceptés par l'ensemble des individus, dès lors qu'ils sont adoptés grâce au « consensus par recoupement sous le voile d'ignorance »⁴²⁸. Pour cela, il se fonde sur trois présupposés de base : la « rareté modérée des ressources (le fait que la totalité de ressources à distribuer est moindre que la demande) », la « reconnaissance du fait pluraliste » et « la reconnaissance de tous les membres de la société comme des individus rationnels et raisonnables (capables de formuler des conceptions du bien et de développer un 'sens de la justice') »⁴²⁹. Le choix des principes de justice sous le voile d'ignorance correspond au fondement de la société, et les principes ainsi dégagés seraient des principes *justes*, faisant donc l'objet d'un accord originel unanime. L'objectif est de créer un « système de coopération visant à favoriser le bien [des] membres [de la société] »⁴³⁰.

140. La théorie de la justice comme équité « se présente comme une conception de la justice que les citoyens peuvent partager et qui peut être la base d'un accord politique, publique et commun »⁴³¹. Le système social est juste, car il donne un cadre constitué de droits et de libertés à l'intérieur duquel les individus sont libres de poursuivre leurs objectifs⁴³². Le Juste est ainsi antérieur au Bien : la conception des principes de justice doit être « dans la mesure du

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 30-31.

⁴²⁷ V. MUNOZ DARDÉ, *La justice sociale : le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris, Nathan, 2000.

⁴²⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit.

⁴²⁹ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., p. 33.

⁴³⁰ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 30.

⁴³¹ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 34.

⁴³² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 57.

possible, indépendante des doctrines en conflit auxquelles les citoyens adhèrent », et indépendantes des doctrines religieuses, philosophiques et morales⁴³³. C'est tout l'objet du libéralisme politique : la justice ne doit pas reposer sur une théorie du Bien, et les principes de justice doivent ainsi être *neutres*. La neutralité de l'État se rapporte donc à la structure de base, objet premier de la justice, qui correspond aux « principales institutions économiques, sociales et politiques d'une société », et aux « principes, critères et préceptes qui s'y appliquent ainsi que la traduction de ces normes dans le caractère et les attitudes des membres de la société qui réalisent ces idéaux »⁴³⁴. Dans la théorie de la justice comme équité, les institutions de la structure de base de l'État sont justes dès lors qu'elles sont neutres, c'est-à-dire « dès lors qu'elles satisfont aux principes que des personnes morales, libres et égales, et placées dans une situation équitable, adopteraient dans le but de régler cette structure »⁴³⁵.

141. L'objectif de l'accord originel est de déterminer les principes de justice, et non un contrat social, au sens d'un engagement à rentrer dans une société⁴³⁶. Pour que les individus se mettent d'accord sur de telles institutions, et ainsi pour rendre possible cette conception de la justice, J. Rawls développe l'idée d'une *position originelle sous voile d'ignorance*. Pour établir les principes de justice, « les partenaires n'ont pas le droit de connaître la position sociale de ceux qu'ils représentent ou la doctrine compréhensive particulière de la personne que chacun représente »⁴³⁷. Sous ce voile, les individus qui se mettent d'accord sur les principes de justice ignorent quelle position ils occuperont dans la société, de sorte que les choix des principes de justice issus de l'accord originel soient choisis indépendamment de toute considération morale et ne soient pas biaisés par l'environnement et la position sociale des individus. Ainsi, ces principes seront issus de raisonnements égoïstes, et ne reposeront pas sur une conception particulière du bien. Ce sont précisément de ces raisonnements égoïstes qu'émergent les principes de justice. La position originelle sous voile d'ignorance permet un *consensus par recoupement* : dès lors que les individus ignorent la position qu'ils ont dans la société, et le mode de vie auquel ils adhèrent, ils parviennent un accord sur les questions de justice et les questions constitutionnelles essentielles en ne faisant appel qu'à des valeurs *politiques*.

142. Par conséquent, le voile d'ignorance permet d'adopter une conception de la justice qui soit cantonnée au domaine du politique, dont les principes « ont normalement assez de poids

⁴³³ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 34.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 324.

⁴³⁶ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 37.

⁴³⁷ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 49.

pour l'emporter sur toutes les autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec elles »⁴³⁸. L'intérêt de la position originelle est de fonder le libéralisme d'une manière qui ne soit pas métaphysique. J. Rawls propose ainsi une théorie de la neutralité des *fondements* : il va au-delà d'une neutralité procédurale, en fondant les principes politiques de manière neutre. Cela ne signifie pas que le Juste, chez J. Rawls, soit dénué de valeurs, mais il s'agit de valeurs *politiques libérales*. Le fait que des conceptions du bien permettent de déterminer les principes du Juste ne pose pas de difficultés tant que ces idées du bien sont des « idées politiques », et donc « appartiennent à une conception politique raisonnable de la justice pour un régime constitutionnel »⁴³⁹. En ce sens, ces idées ne correspondent pas à une conception substantielle du bien, mais à « certaines idées intuitives fondamentales considérées comme latentes dans la culture politique publique d'une société démocratique »⁴⁴⁰. Les méta-valeurs de la justice correspondent donc, selon lui, à des vertus politiques, qui ne conduisent pas à une « doctrine exhaustive perfectionniste »⁴⁴¹, ce qui explique leur supériorité. Selon cette conception, les principes de Juste sont alors appréhendés uniquement comme des garanties procédurales indépendantes du Bien. En ce sens, le sens épistémologique de la priorité du Juste correspond à la volonté du libéralisme *politique*⁴⁴² de se défaire de tout fondement métaphysique ou spirituel :

« Ainsi le libéralisme politique vise une conception de la justice en tant que position indépendante. Il ne propose aucune doctrine épistémologique ou métaphysique particulière au-delà de ce qui est impliqué par la conception politique elle-même. »⁴⁴³

Cette volonté de fonder le libéralisme en-dehors de toute transcendance et de toute considération métaphysique, philosophique ou spirituelle va au-delà du principe de neutralité de l'État, entendu par la plupart des auteurs comme une exigence relative aux institutions étatiques et aux procédures. J. Rawls est l'un des seuls auteurs à défendre cette neutralité fondationnelle, et a envisagé ainsi un cadre et une justification neutres à la neutralité.

143. Le Juste fixe les limites au Bien, et en ce sens, la primauté du Juste sur le Bien est précisément justifiée par son indépendance et son antériorité : c'est en raison de leur neutralité

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 176.

⁴³⁹ J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », art. cit., p. 49.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 49.

⁴⁴² Sur les fondements du libéralisme politique, voir notamment : O. DESMONS, *Les présupposés du libéralisme politique : quelle justification? John Rawls et l'hypothèse herméneutique*, Québec ; Lille, Laval ; Charles de Gaulle - Lille 3, 2014 ; A. BOYER, *Quels fondements éthiques pour quel libéralisme ? Critique et justification (malgré tout) du libéralisme moderne*, op. cit.

⁴⁴³ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 35.

que les méta-valeurs du Juste peuvent limiter les conceptions du bien. Le Juste *détermine* alors le Bien. La recherche subjective de la vie bonne doit respecter les principes obligatoires du Juste, précisément car ceux-ci n'ont pas été fixés par une conception particulière du bien. La conception épistémologique inclut donc également la notion de limites : la primauté du Juste sur le Bien signifie à la fois que le Juste est fixé indépendamment du Bien, mais également qu'il lui présente des limites. Cette fonction de limitation du Bien par le Juste est au cœur du sens moral défini par M. Sandel.

B) Le sens « moral » de la primauté du Juste

144. Au sens moral, la priorité du Juste sur le Bien signifie que « les exigences de la justice l'emportent sur les autres intérêts moraux et politiques »⁴⁴⁴. Pour la plupart des libéraux, le fait que le Juste soit hiérarchiquement supérieur au Bien signifie que le Bien doit être conforme au Juste, mais n'implique pas que le Juste soit fixé de manière neutre. Au sens moral, le caractère prioritaire du Juste a pour conséquence que les principes de justice limitent à la fois « les conceptions du bien que les individus peuvent choisir et mettre en pratique », et « les moyens qu'on peut utiliser pour réaliser ces conceptions du bien »⁴⁴⁵. Les valeurs du Juste l'emportent donc sur celles du Bien, au sens où elles sont hiérarchiquement supérieures à ces dernières : les valeurs du Juste ne sont pas des valeurs parmi d'autres, ce sont des méta-valeurs qui doivent être satisfaites antérieurement aux autres vertus sociales⁴⁴⁶. Par conséquent, l'État est en droit d'intervenir dès lors qu'une conception du bien n'est pas compatible avec les principes du Juste. *A contrario*, tant que les conceptions du bien sont compatibles avec les principes du Juste, l'État n'est pas légitime à intervenir pour les limiter, de même qu'il n'est pas légitime à traiter les individus de manière différente en fonction de leur conception du bien.

145. Dans sa *Théorie de la justice*, J. Rawls propose une conception à la fois épistémologique et morale de la priorité du Juste. Dans la théorie de la justice comme équité, le Juste doit être antérieur au Bien, ce qui signifie que « quelque chose n'est bon que s'il s'accorde avec des formes de vie compatibles avec les principes de la justice déjà posés »⁴⁴⁷. Le Juste est un espace à l'intérieur duquel « les individus doivent développer leurs objectifs et il fournit un cadre constitué de droits et de possibilités ainsi que de moyens de satisfaction, à

⁴⁴⁴ M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, op. cit., p. 24.

⁴⁴⁵ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., pp. 29-30.

⁴⁴⁶ M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, op. cit., p. 24.

⁴⁴⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 438.

l'intérieur duquel et grâce auquel ces fins peuvent être équitablement poursuivies »⁴⁴⁸. Les principes du Juste sont donc des principes *procéduraux*. Ils renvoient à un ensemble de procédures et des principes politiques qui permettent de faire cohabiter les différentes conceptions du bien :

« Une conception du juste est un ensemble de principes, généraux quant à leur forme et universels dans leur application, qui doit être publiquement reconnu comme l'instance finale pour hiérarchiser les revendications conflictuelles des personnes morales. »⁴⁴⁹

146. L'antériorité du Juste par rapport au Bien permet d'assurer la neutralité de la structure de base de l'État⁴⁵⁰. Le Juste est *complémentaire* au Bien car c'est grâce au cadre défini par les principes du Juste que les individus peuvent adopter leur propre conception du bien et poursuivre leurs modes de vie sans que l'État ne limite cette liberté⁴⁵¹. En mars 1987, dans le cadre d'un colloque de l'Association française de philosophie du droit donné à Paris, J. Rawls consacre une conférence sur la priorité du Juste et les conceptions du bien afin de clarifier les malentendus relatifs à la signification du caractère prioritaire du Juste⁴⁵². Sans renoncer totalement au sens épistémologique de la priorité du Juste, il insiste particulièrement, dans cette conférence, sur le sens moral, fondamental dans sa théorie :

« [D]ans le cadre de la théorie de la justice comme équité, la priorité du juste implique que les principes de justice (politique) imposent certaines limites aux modes de vie tolérables ; de ce fait, les revendications que les citoyens avancent afin de poursuivre des fins qui transgressent ces limites n'ont aucun poids (du point de vue de la conception politique en question) »⁴⁵³.

Le Juste représente ainsi les *limites* du Bien : tant que les conceptions du bien auxquelles adhèrent les individus vivant en société respectent le cadre du Juste, l'État n'est pas légitime à intervenir en usant de la contrainte quant à ces conceptions. L'État doit alors respecter l'exigence de neutralité relative au Bien jusqu'à une certaine limite : celle des principes de justice.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 167.

⁴⁵⁰ Chez J. Rawls, l'étendue de la neutralité est *étroite*, c'est-à-dire que ne doivent être neutres que les décisions qui ont trait à la structure de base de la société.

⁴⁵¹ J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », art. cit., p. 40 : « Une conception de la justice politique doit en quelque sorte contenir en elle-même un espace suffisant afin que certains modes de vie obtiennent un soutien sans faille. [...] Ainsi, le juste et le bien sont complémentaires, ce que la priorité du juste ne nie en rien ».

⁴⁵² J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », art. cit.

⁴⁵³ *Ibid.*, pp. 39-40.

147. Si J. Rawls envisage le sens moral de priorité du Juste en complément du sens épistémologique, d'autres auteurs n'envisagent que le sens moral. C'est le cas notamment de C. Larmore, ou du « second Dworkin ». Dans *Modernité et morale*, C. Larmore s'interroge sur la justification de cette priorité du Juste dans la pensée libérale, et met en avant le dilemme relatif à cette priorité du Juste⁴⁵⁴. D'un côté, relève-t-il, les Modernes valorisent le Juste au détriment du Bien car ils ont pris acte de la pluralité des formes de vie et en ont déduit l'impossibilité pour une société moderne de s'organiser autour d'un bien commun substantiel. De l'autre, néanmoins, le sens d'une éthique minimale, qui est celle du Juste, fait défaut dès lors que la source des principes du Juste est indéterminée. Selon C. Larmore, il s'agit ainsi de trouver une justification à cette croyance en la priorité du Juste permettant de sortir du dilemme. Cette justification doit être identifiée dans l'existence « au cœur de nos convictions morales, une croyance en la priorité du juste »⁴⁵⁵, et que ces convictions se suffisent à elles-mêmes :

« Si nous plaçons, au cœur de notre pensée morale, le fait que ce sont des convictions sur lesquelles nous ne céderons pas, il est une chose que nous pouvons considérer comme la source de ces devoirs catégoriques. Ce n'est ni Dieu ni la raison pratique, mais le mode de vie qui s'exprime dans ces convictions. »⁴⁵⁶

Pour C. Larmore, il est parfaitement légitime que la conscience soit l'ultime recours de la théorie morale : la priorité du Juste sur le Bien est ainsi justifiée par la conscience morale. Sa théorie n'est pas fondée sur une éthique anticognitiviste. Il considère au contraire que la connaissance morale est véritablement possible⁴⁵⁷. Cependant, cette morale ne peut se fonder sur la primauté du Bien par rapport au Juste en raison de la diversité des formes de l'accomplissement de soi : une morale élémentaire, minimale ne peut être trouvée dans une conception du bien. Sur ce point, la théorie de C. Larmore se distingue de celle de J. Rawls, qui avait pour objectif de fonder le libéralisme politique indépendamment de toute conception métaphysique, tandis que pour C. Larmore, le libéralisme politique a un fondement moral⁴⁵⁸. Ainsi, dans sa théorie, le cadre de la neutralité n'est pas neutre : il contient bien un contenu moral qui a précisément pour but d'imposer des limites morales au rôle de l'État⁴⁵⁹. Il n'adhère

⁴⁵⁴ C. LARMORE, *Modernité et morale*, op. cit., p. 69 : « [L]'idée selon laquelle cette morale élémentaire s'impose à tous, indépendamment de leurs intérêts, n'est intelligible que si l'on peut déterminer la source de cette législation morale, et seule la notion de Dieu, que nous sommes peu enclins à invoquer, semble convenir à cette tâche ».

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ *Ibid.*, chap. I : De la connaissance morale.

⁴⁵⁸ C. LARMORE, « The Moral Basis of Political Liberalism », *The Journal of Philosophy*, décembre 1999, vol. 96, n° 12, pp. 599-625.

⁴⁵⁹ C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit., p. 145.

donc pas à la neutralité « fondationnelle ». La justification à la neutralité repose sur le dialogue rationnel et le respect égal des personnes⁴⁶⁰ :

« [L]es deux normes du dialogue rationnel et du respect égal des personnes s'associent pour produire le principe de la neutralité politique : si l'on veut déterminer les principes de l'association politique et si l'on est résolu à se respecter l'un l'autre en tant que personne dans ce processus, alors les principes à établir devront être justifiables aux yeux de tous ceux à qui ils s'imposeront. Si, dans cet effort de justification, l'on se heurte à un désaccord raisonnable, il nous faudra revenir à une base commune et déterminer quels principes l'on peut dériver de cette base. Pour être acceptable, tout principe politique doit donc être conforme au principe cardinal de neutralité envers les conceptions controversées de la vie bonne. »⁴⁶¹

Pour C. Larmore, le libéralisme n'est pas neutre à l'égard de la morale, mais l'État est neutre à l'égard des différentes conceptions du bien.

148. Dans son premier article relatif à la défense de la neutralité de l'État, R. Dworkin défendait une conception purement épistémologique de la priorité du Juste, et une opposition franche au perfectionnisme, en considérant que le libéralisme était constitué par une morale politique fondamentale⁴⁶². Dans ses derniers écrits, néanmoins, il s'éloignera de sa position originelle et défendra la possibilité d'une conception de la justice reposant sur des conceptions du bien⁴⁶³ en raison de la difficulté de penser une théorie politique qui ne soit pas liée, dans une certaine mesure, à une conception du bien. Pour R. Dworkin, le Juste ne peut être totalement indépendant du Bien car la recherche du Juste résulte de la recherche du Bien. Dès lors, il y a nécessairement un fondement moral à la neutralité. Le sens moral de la priorité du Juste permet donc que le Juste revête une conception morale minimale.

149. Le sens moral de la priorité du Juste aboutit à une conception procédurale de la neutralité⁴⁶⁴. La neutralité procédurale permet à l'État de faire coexister des individus adhérant et des conceptions différentes et difficilement conciliables de la vie bonne : les principes de base de l'État servent alors à établir des processus de décision permettant à la société d'arbitrer les « exigences concurrentes des individus »⁴⁶⁵. En ce sens, ce sont les procédures de décision

⁴⁶⁰ Pour l'analyse de cette justification : C. LARMORE, *Patterns of moral complexity*, op. cit. ; C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit.

⁴⁶¹ C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit., p. 160.

⁴⁶² R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit.

⁴⁶³ R. DWORKIN, « Liberal Community », *California Law Review*, mai 1989, vol. 77, n° 3, pp. 479-504.

⁴⁶⁴ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., p. 13.

⁴⁶⁵ C. TAYLOR, « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 94.

qui permettent la mise en œuvre de la neutralité de l'État. Les valeurs du Juste sont alors pensées non seulement comme limitant les conceptions du bien, mais surtout comme *permettant* à chaque individu de vivre en accord avec sa conception du bien. C'est en ce sens que ces valeurs sont « neutres » : elles sont neutres car elles permettent la pluralité des conceptions du bien, bien que l'État ne soit pas nécessairement neutre sur les valeurs constitutives. Si le sens moral est le plus consensuel chez les théoriciens de la neutralité, c'est en raison de ce caractère obligatoirement moral que revêtent les valeurs constitutives, qui visent à imposer des limites morales à l'action de l'État. Le fait que l'exigence de neutralité ne s'applique pas aux principes du Juste correspond à la limite morale que rencontre la neutralité dans sa propre idéologie⁴⁶⁶. L'objet de la neutralité, selon cette acception morale de la priorité du Juste, correspond donc aux conceptions du bien des individus. Le sens moral est ainsi le sens le plus commun de la priorité du Juste car l'objet « classique » de l'exigence de neutralité est précisément ces conceptions du bien, ou – selon les auteurs – les conceptions *controversées* du bien⁴⁶⁷.

150. Le sens moral de la priorité du Juste permet ainsi de mieux comprendre l'étendue du principe de neutralité et lui donne une plus grande cohérence : peu importe, dans l'application du principe, la nature de ces « principes du Juste », l'essentiel est que la neutralité ne s'y applique pas, car celle-ci ne concerne que les questions relatives au Bien. Le cadre est donc clairement posé : le Juste contient en lui-même « un espace suffisant afin que certains modes de vie obtiennent un soutien sans faille »⁴⁶⁸, mais il impose des contraintes aux individus dans leurs exigences relatives à leurs conceptions du bien. La priorité du Juste sur le Bien, envisagée dans son sens moral, est absolument indispensable à la conceptualisation du principe de neutralité, auquel elle donne sens, bien que des ambiguïtés subsistent.

§2. Le Juste et le Bien, une distinction ambiguë indispensable au concept de neutralité de l'État

151. Qu'elle soit envisagée au sens moral ou au sens épistémologique, ou encore en un sens englobant ses deux acceptions, la priorité du Juste sur le Bien suppose une différenciation entre les deux concepts. Le Juste et le Bien sont utilisés pour penser la neutralité et ses limites

⁴⁶⁶ Voir *infra*, § 180 et s.

⁴⁶⁷ Voir *infra*, § 155 et s.

⁴⁶⁸ J. RAWLS, « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », art. cit., p. 40.

et les deux termes renvoient à des notions pensées comme étant différentes par les théoriciens de la neutralité, et plus généralement, par la philosophie morale. Cette distinction donne une cohérence au concept car elle détermine l'objet et la finalité de la neutralité de l'État (I).

152. Néanmoins, cette distinction a été largement critiquée, notamment en raison de son ambiguïté : la différenciation entre ce qui relève du Juste et ce qui relève du Bien étant particulièrement floue, partir du postulat de la primauté du Juste est critiquable. Par ailleurs, la distinction entre le Juste et le Bien suppose, en particulier concernant le sens épistémologique de la priorité du Juste, de s'interroger sur la nature du Juste. Deux thèses s'opposent sur la question de la nature des valeurs du Juste : l'une considère que ce ne sont que des garanties procédurales et l'autre qu'elles revêtent un contenu substantiel. Si ce débat autour de la primauté du Juste est aujourd'hui essoufflé, il permet néanmoins de mettre en exergue les difficultés des contours de la neutralité (II).

I. Une distinction essentielle à la compréhension de l'exigence de neutralité

153. La distinction entre le Juste et le Bien est essentielle à la compréhension de l'exigence de neutralité de l'État, car celle-ci n'implique pas un État dénué de valeurs. Dès lors, cette distinction permet de délimiter l'objet de la neutralité et de définir *ce sur quoi l'État doit être neutre* (A).

154. Elle permet ensuite de déterminer la *finalité* du Juste : les méta-valeurs du Juste ont vocation à permettre la stabilité et la permanence de l'État, en fixant des limites aux conceptions du bien, de sorte qu'aucune ne puisse mettre en danger la survie de l'État (B).

A) La détermination de l'objet de la neutralité

155. La distinction entre le Juste et le Bien permet de déterminer l'objet de la neutralité : le Bien. Pour que la neutralité ait un sens, l'État ne peut rester pas neutre à l'égard de valeurs. Le sens épistémologique de la priorité du Juste, qui impose une neutralité qualifiée de « fondationnelle », souffre de nombreuses ambiguïtés, et surtout, porte sur un objet distinct du principe de neutralité. La neutralité fondationnelle envisage l'accord initial sur la structure de base de la société de manière purement abstraite. Elle exige que le choix des principes de justice se fasse indépendamment de toute conception du bien : l'objet de la neutralité dans cette

acception du principe est donc la détermination des principes de justice. Au sens moral, qui est le sens retenu dans le cadre de cette étude, le principe de neutralité interdit à l'État d'agir au nom d'une conception particulière du bien, *du fait des principes du Juste* : le Juste interdit le Bien comme finalité de l'action étatique. L'objet est ainsi différent : dans cette acception, l'objet de la neutralité de l'État se limite aux conceptions privées et substantielles du bien.

« L'accord sur les principes du Juste permet aux individus d'être libres concernant les questions du Bien. La finalité de la distinction entre le Juste et le Bien est liée au cadre institutionnel : le Juste permet de déterminer la structure de base de l'État, et donc de ses institutions. Il faut que ces institutions soient justes pour que l'État puisse être neutre. Ces institutions sont alors fixées par la Constitution, qui met en place les principes de justice, et la priorité de ceux-ci sur le Bien :

La Constitution définit une juste procédure politique et comporte des restrictions qui, à la fois, protègent les libertés de base et garantissent leur priorité. »⁴⁶⁹

Le Juste, figé et déterminé par la Constitution, permet d'établir le cadre dans lequel les individus peuvent poursuivre librement leurs conceptions de la vie bonne, dans le respect des autres individus, qui disposent de la même liberté. L'objet de la neutralité est l'intérieur du cadre ainsi délimité : l'action de l'État n'est plus légitime dès lors qu'elle concerne le Bien.

156. Délimiter l'objet de la neutralité en utilisant la distinction sémantique entre le Juste et le Bien permet également d'expliquer que la neutralité de l'État est un moyen au service d'une fin, et qu'ainsi, il est des valeurs sur lesquelles l'État ne peut être neutre. En particulier, l'État ne peut être neutre sur la nécessité pour lui d'être neutre et, par conséquent, de mettre en place des principes de justice permettant d'arbitrer les différentes conceptions du Bien. Cette caractéristique de la neutralité est mise en avant par les critiques libérale et communautarienne de la neutralité⁴⁷⁰ : la neutralité de l'État renvoie, en dernier ressort, à l'idéologie libérale, qui représente sa limite morale. L'État n'est pas neutre sur les méta-valeurs qui le fondent et qui exigent sa neutralité⁴⁷¹. Comme le relève P. Jones, la distinction entre le Juste et le Bien permet de distinguer le statut attaché aux différents principes, ceux du Juste et ceux du Bien⁴⁷². Elle permet ainsi de dissocier les méta-valeurs mises en place par la structure de base de l'État des

⁴⁶⁹ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 400.

⁴⁷⁰ Voir *infra*, § 164 et s.

⁴⁷¹ Voir *infra*, § 180 et s.

⁴⁷² P. JONES, « The ideal of the neutral state », in *Liberal Neutrality*, London, Routledge, 1989, p. 28 : « Le Juste et le Bien, tels qu'ils sont utilisés dans ce contexte, peuvent être nettement séparés par leur nature respective, mais ils ne sont pas pour autant nettement séparés dans leur contenu » (traduction libre).

conceptions du bien individuelles. Cette différence est purement conceptuelle en tant qu'elle permet de se référer à des catégories distinctes indépendamment de leur contenu.

157. Certains libéraux restreignent le concept de Bien à celui de conception « controversée » du bien afin d'exclure les biens qui peuvent être assimilés aux biens primaires, ou ceux ne posant pas de difficultés particulières au sein de la vie de l'État. Pour J. Rawls, l'exigence de neutralité ne s'applique qu'aux conceptions *controversées* du bien. C. Larmore restreint également l'objet aux conceptions controversées⁴⁷³. Cette restriction est partagée par la majorité des auteurs, bien qu'une minorité considère que la neutralité doit concerner toutes les conceptions du bien, y compris celles qui sont non controversées. C'est le cas notamment du philosophe R. Ogien, pour qui la neutralité doit être totale⁴⁷⁴.

158. La distinction entre le Juste et le Bien permet donc d'éviter deux confusions : la première est de confondre les exigences de neutralité vis-à-vis du Juste – que l'on qualifie de « neutralité fondationnelle » et dont l'objet est distinct de celui étudié – avec la neutralité de l'État vis-à-vis du Bien. La seconde est l'erreur consistant à croire que le terme même de neutralité implique une neutralité illimitée, et de couper court au débat en considérant que l'État ne peut être neutre dès lors qu'il défend des valeurs. Distinguer le Juste du Bien permet de distinguer les méta-valeurs indispensables à la survie de l'État et le cadre de liberté fixé par ces méta-valeurs, à l'intérieur duquel l'État doit respecter une exigence de neutralité dès lors que les conceptions du bien qui y sont poursuivies respectent les principes du Juste. Par ailleurs, le primat du Juste sur le Bien permet également de mettre en exergue la *finalité* de la neutralité de l'État.

B) La détermination de la finalité du Juste

159. Quelle que soit la forme qu'elle prend, la neutralité est toujours un « principe de frein, qui limite l'autorité des gouvernements »⁴⁷⁵. Le cadre établi par la distinction entre le Juste et le Bien répond à deux objectifs : d'abord, il permet la coexistence pacifique d'individus adhérents à différentes conceptions du bien, et d'articuler celles-ci ; il permet, en outre, de limiter les conceptions du bien. L'objectif final est donc la coexistence des conceptions du Bien : en limitant les conceptions du bien par les principes du Juste, le cadre ainsi établi permet

⁴⁷³ C. LARMORE, « Du libéralisme politique », art. cit., p. 144.

⁴⁷⁴ R. OGIEN, « Neutrality toward non-controversial Conceptions of the Good life », art. cit.

⁴⁷⁵ S. DIMOCK, « Liberal Neutrality », art. cit., p. 43.

la coexistence des conceptions du bien raisonnables – objectif initial de l'idéal de neutralité de l'État né des théories de la tolérance.

160. Les principes du Juste permettent aux différentes conceptions du bien de s'exprimer et de cohabiter. Dans la *Théorie de la justice*, J. Rawls explique que la différence entre le Juste et le Bien est l'accord qu'il doit y avoir dessus. Dans le cas du Bien, il est inévitable, et même bénéfique, que les conceptions diffèrent. En revanche, concernant les accords du Juste, les citoyens se rejoignent sur les mêmes principes⁴⁷⁶. La société juste « s'efforce par sa Constitution et ses lois de fournir à ses citoyens un cadre dans lequel ils sont libres de rechercher leurs propres valeurs et fins, tant que cette recherche n'empiète pas sur la liberté égale des autres citoyens »⁴⁷⁷. Le fait que cela corresponde à une métathéorie du Bien selon laquelle les individus doivent être libres de choisir et de vivre selon la conception du bien qu'ils ont choisie pour eux-mêmes⁴⁷⁸ ne fait pas perdre au concept sa cohérence interne. La finalité de la neutralité est d'assurer la coexistence pacifique d'individus adhérant à des conceptions plurielles et parfois incompatibles du Bien, et le Juste permet d'organiser les règles de cette coexistence. Ainsi, le Juste est nécessaire car il permet l'absence de prémisses partagées qui reposeraient sur une vision du monde commune. Il permet de mettre en place un régime dans lequel l'unité se forme autour de la possibilité pour chacun de vivre selon ses propres convictions, sans se les voir imposer par l'État. Si ces valeurs du Juste ne sont pas neutres, elles sont néanmoins indispensables : ces valeurs libérales donnent un cadre à la neutralité, et permettent que la neutralité puisse être respectée à l'intérieur du cadre. Ce sont ces valeurs constitutives, qui « permettent aux citoyens épousant des conceptions très variées du monde et du bien de vivre ensemble de façon pacifique » et qui « permettent aux individus d'être souverains quant à leurs choix de conscience et de définir leur propre plan de vie, dans le respect du droit des autres d'en faire autant. »⁴⁷⁹. L'égalité, la dignité humaine, les libertés fondamentales en général, sont autant de principes sur lesquels repose le concept de neutralité de l'État. L'accord sur les principes du Juste a ainsi vocation à permettre aux individus de coexister pacifiquement, bien qu'adhérant à des modes de vie distincts.

161. Néanmoins, toutes les conceptions de la vie bonne ne sont pas compatibles entre elles, ou avec les principes du Juste. Dès lors, les principes du Juste, sur lesquels repose la

⁴⁷⁶ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 497.

⁴⁷⁷ M. SANDEL, « La république procédurale et le moi désengagé », in *Libéraux et communautariens*, Philosophie morale, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 256.

⁴⁷⁸ P. NEAL, « Une théorie libérale du bien ? », art. cit., p. 127.

⁴⁷⁹ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 19.

structure de base de l'État, et donc le cadre de la neutralité, correspondent aux limites du Bien : les conceptions du bien sont libres *tant qu'elles respectent les principes du Juste*. Si une conception du bien porte atteinte aux principes de la justice, l'État redevient légitime à intervenir par la contrainte, pour préserver les principes du Juste et donc la coexistence des individus. Ainsi, seules entrent dans le cadre de la neutralité les conceptions du bien *raisonnables* : celles qui n'impliquent pas la violation des principes de justice, et donc qui, ne « rejette[nt] pas les éléments essentiels d'un régime démocratique »⁴⁸⁰. Le cadre permet donc d'assurer la cohésion sociale, et, *in fine*, la survie de l'État. C'est l'accord sur les principes du Juste qui permet à la neutralité non seulement de s'appliquer, mais aussi – et surtout – de perdurer. Parce qu'elle permet précisément l'alternance entre différentes conceptions du bien, la neutralité de l'État doit être permanente : les principes du Juste permettent la coexistence des conceptions du bien *sans que l'une ne s'impose pour le futur*. La neutralité assure l'alternance, qui assure la stabilité⁴⁸¹. Dans *Libéralisme politique*, J. Rawls évoque cette question de stabilité de la théorie de la justice⁴⁸², qui implique deux questions distinctes. D'abord, la question de « savoir si les gens qui grandissent dans des institutions justes acquièrent un sens normalement suffisant de la justice en sorte qu'ils obéissent en général à ces institutions »⁴⁸³. Ensuite, la « question de savoir si, étant donné les faits généraux qui caractérisent la culture politique publique d'une démocratie et, en particulier, le fait du pluralisme raisonnable, la conception politique peut être l'objet d'un consensus par recoupement »⁴⁸⁴. Le Juste suppose que les citoyens et l'État défendent les institutions justes, ce qui implique une vertu civique. J. Rawls évoque aussi ce problème lorsqu'il traite de la question de l'apologie des doctrines subversives, qui veulent renverser les institutions justes⁴⁸⁵. Il admet l'idée d'une éducation minimale sur les droits fondamentaux, qui doit transmettre les vertus civiques de tolérance, de respect et de modération, c'est-à-dire uniquement les conditions du libéralisme politique. Établir le primat du Juste sur le Bien a donc pour fonction de préserver le Bien grâce à l'accord sur le Juste, et d'assurer la survie de l'État en assurant la pérennité du Juste, préservé du Bien.

162. Le Juste détermine les limites de l'*absence d'intervention de l'État*. C. Larmore, R. Dworkin et B. Ackerman, dans la continuité de J. Rawls, défendent une mise en œuvre *négative* de la neutralité. L'État ne doit pas prendre en compte le contenu des conceptions du bien des

⁴⁸⁰ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 4.

⁴⁸¹ Voir *infra*, §262 et s.

⁴⁸² J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 179.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pp. 179-180.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 405.

individus, et ainsi, la neutralité ne peut être positive. C'est la raison pour laquelle ils rejettent la possibilité d'une neutralité comme égalité d'opportunités, car celle-ci nécessiterait une trop grande intervention de l'État, incompatible avec le libéralisme. Des auteurs libéraux, comme W. Kymlicka, critiquent la théorie de J. Rawls et le désengagement de l'État sur la question de la vie bonne. Pour W. Kymlicka, l'État ne doit pas rester aveugle aux différences culturelles des individus, qui déterminent leur choix et leur quête de conception du bien. L'État doit au contraire prendre un compte cette différence, et pas seulement la capacité des individus d'exercer leur libre choix⁴⁸⁶. La possibilité d'une mise en œuvre positive de la neutralité, qui implique que l'État intervienne pour « rétablir » la neutralité, est une compréhension plus contemporaine de la neutralité⁴⁸⁷.

163. La distinction entre le Juste et le Bien permet donc de penser la neutralité, ainsi que de déterminer son objet et sa finalité. Néanmoins, cette distinction n'est pas dépourvue d'ambiguïtés et de difficultés. Les critiques « historiques » de la neutralité – celles qui ont, dès la parution de la *Théorie de la justice* de J. Rawls, pris part au débat sur la désirabilité et la possibilité de cet idéal – présentent l'intérêt d'avoir mis en relief les difficultés de la distinction entre le Juste et le Bien. Ces critiques ont incité les théoriciens de la neutralité à déterminer la nature des méta-valeurs de la neutralité.

II. Critiques et difficultés de la primauté du Juste

164. La neutralité de l'État a fait l'objet de nombreuses critiques, à la fois externes et internes au courant libéral. D'abord, parce que la manière d'appréhender l'État et l'individu qui caractérise le projet libéral se traduit par une vision atomiste de la société, remise en cause par des auteurs « communautariens »⁴⁸⁸. Ensuite, parce que la manière d'envisager le libéralisme autour de ce principe de « neutralité de l'État » a semblé manquer de cohérence interne, et a ainsi été critiqué par la frange « perfectionniste » des libéraux⁴⁸⁹.

165. Le sens épistémologique de la priorité du Juste soulève des questionnements autour de la nature du Juste, et est critiqué à la fois par les auteurs appartenant au courant communautarien et ceux appartenant au courant perfectionniste. Ces deux groupes d'auteurs ne

⁴⁸⁶ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., p. 40 et s.

⁴⁸⁷ Voir *infra*, Partie II.

⁴⁸⁸ F. HUGUENIN, *Résister au libéralisme : les penseurs de la communauté*, coll. « Politique », Paris, CNRS, 2009.

⁴⁸⁹ A. ESCUDIER et J. PELABAY, *Le perfectionnisme libéral : anthologie de textes fondamentaux*, coll. « L'Avocat du diable », Paris, Hermann, 2016.

sont pas les seuls à avoir proposé une critique de la neutralité libérale et de ses présupposés⁴⁹⁰, mais présentent l'intérêt de centrer leurs critiques précisément sur le cadre conceptuel de la neutralité, c'est-à-dire sur la distinction entre le Juste et le Bien. La thèse perfectionniste, qui « affirme que l'on ne peut définir ce qui est politiquement juste sans invoquer une conception substantielle du bien de l'homme » est moins radicale que la thèse communautarienne, qui « affirme que l'on ne peut définir une conception du bien de l'homme sur une base naturelle et abstraite mais seulement en référence aux valeurs substantielles véhiculées par la tradition d'une communauté historique particulière »⁴⁹¹. La critique perfectionniste est moins radicale que la thèse communautarienne car elle est interne au libéralisme, et elle ne remet pas en cause le sens moral de la priorité du Juste, bien qu'elle souligne ses difficultés (A).

166. En revanche, la critique communautarienne nie la possibilité et la désirabilité d'une priorité du Juste quelle que soit sa définition (B).

A) La critique libérale

167. La distinction entre le Juste et le Bien et, à travers elle, la conception procédurale de la neutralité, a été critiquée au sein même du courant libéral par des auteurs rattachés au courant « perfectionniste ». Le perfectionnisme se rapporte à ce qu'A. Policar nomme le « libéralisme *substantiel* » « qui, à la différence du libéralisme neutraliste, légitime la promotion d'une conception de la vie bonne »⁴⁹². La thèse perfectionniste s'oppose en particulier au sens épistémologique de la priorité du Juste : les perfectionnistes affirment qu'il n'est pas possible de déterminer des principes du Juste sans se référer à une conception substantielle du bien. Mais, la thèse générale des perfectionnistes soutenant que l'État peut promouvoir une conception du bien, elle rejette en conséquence le principe de neutralité de l'État⁴⁹³.

168. La principale critique adressée à la théorie de la neutralité par les perfectionnistes est que la distinction du Juste et du Bien est trop floue pour être appliquée⁴⁹⁴. La difficile

⁴⁹⁰ Voir *infra*, Partie II, Titre 1.

⁴⁹¹ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁴⁹² A. POLICAR, « Le libéralisme politique face à la neutralité : La valeur de l'autonomie », *Terrains/Théories*, 2018, n° 9, p. 3.

⁴⁹³ Certains perfectionnistes, néanmoins, défendent la possibilité d'une articulation entre neutralité et perfectionnisme. Voir par exemple : S. WALL, « Perfectionist Neutrality », *art. cit.* ; P. DE MARNEFFE, « The Possibility and Desirability of neutrality », *art. cit.* ; R. MERRILL, « Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », *art. cit.*

⁴⁹⁴ Cette critique concerne donc à la fois le sens épistémologique et le sens moral de la priorité du Juste.

différenciation entre le Juste et le Bien, est également critiquée chez certains défenseurs de la neutralité⁴⁹⁵. Pour pouvoir distinguer entre le Juste et le Bien, il faudrait réussir à définir ce qu'est une conception du bien, de la vie bonne. Or, cette définition est très insatisfaisante selon les perfectionnistes. C. Taylor, dans son article relatif au débat entre libéraux et communautariens⁴⁹⁶, évoque le « malentendu » autour de la notion de « Bien ». Il distingue deux sens – le sens large et le sens étroit – de la notion : au sens large, le Bien signifie « toute chose de valeur que nous recherchons », tandis que la conception étroite se réfère « à des plans de vie ou des manières de vivre »⁴⁹⁷. La difficulté de la distinction entre le Juste et le Bien, ainsi que de la distinction de ce qu'est une conception du bien, une conception raisonnable du bien ou encore ou une conception controversée du bien montre bien la limite au champ d'application de la neutralité : l'État ne peut être neutre sur toutes les valeurs ou conceptions du bien. Les multiples manières d'appréhender à la fois le Juste et le Bien ont pour conséquence, selon les perfectionnistes, de rendre la distinction inutilisable.

169. Au sein du courant « perfectionniste », il est possible de distinguer entre le perfectionnisme *fondationnel* et le perfectionnisme *législatif*. Les perfectionnistes *fondationnels*, comme J. Raz⁴⁹⁸ ou P. De Marneffe⁴⁹⁹, considèrent, dans un premier temps, qu'il y a deux niveaux de neutralité : la neutralité législative – qui signifie que le gouvernement ne doit pas adopter des mesures contraignantes qui ne peuvent être justifiées par des raisons neutres – et la neutralité fondationnelle – qui implique qu'une conception de la justice ne doit reposer sur aucune conception du bien⁵⁰⁰. Les perfectionnistes fondationnels défendent l'idée que la neutralité fondationnelle est impossible : toute conception de la justice repose nécessairement sur une conception du bien⁵⁰¹. Pour P. de Marneffe, toutefois, le

⁴⁹⁵ P. JONES, « The ideal of the neutral state », art. cit. : P. Jones évoque, dans cet article, les difficultés de la distinction entre le Juste et le Bien, qui correspondent au caractère flou de la ligne de partage entre ce qui relève du Juste et ce qui relève du Bien, et la question de savoir si le contenu de ses notions s'exclut mutuellement. Il explique notamment que la séparation conceptuelle entre le Juste et le Bien, si elle peut présenter un certain intérêt, n'implique pas une réelle différence de contenu entre les deux catégories.

⁴⁹⁶ C. TAYLOR, « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », art. cit.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁴⁹⁸ J. RAZ, *The morality of freedom*, op. cit. ; J. RAZ, *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, Clarendon paperbacks, Oxford, Clarendon Press, 1994.

⁴⁹⁹ P. DE MARNEFFE, « The Slipperiness of Neutrality », *Social Theory and Practice*, janvier 2006, vol. 32, n° 1, pp. 17-34 ; P. DE MARNEFFE, « The Possibility and Desirability of neutrality », art. cit. ; P. DE MARNEFFE, « Liberalism, liberty, and neutrality », *Philosophy and Public Affairs*, 1990, vol. 19, n° 3, pp. 253-274 ; P. DE MARNEFFE, « Liberalism and perfectionism », *American Journal of Jurisprudence*, janvier 1998, vol. 43, pp. 99-116.

⁵⁰⁰ P. DE MARNEFFE, « The Possibility and Desirability of neutrality », art. cit., p. 44.

⁵⁰¹ C'est cette vision d'un libéralisme acceptant une conception morale minimale que rejoindront notamment C. Larmore et R. Dworkin.

perfectionnisme fondationnel est compatible avec une neutralité législative⁵⁰². La difficulté du concept de neutralité de l'État, que celle-ci soit fondationnelle ou législative, est de définir ce qu'est une raison non neutre. La distinction obscure entre les raisons neutres et non neutres ont conduit les perfectionnistes à considérer la neutralité comme n'étant pas un concept souhaitable⁵⁰³. Pour G. Sher également, la distinction entre le Juste et le Bien n'est pas réalisable : l'État doit pouvoir promouvoir une conception du bien⁵⁰⁴.

170. De plus, les perfectionnistes relèvent que la neutralité est biaisée car les conceptions du bien sur lesquelles l'État doit être neutre sont déjà adaptées au cadre libéral et individualiste. Le libéralisme procédural reposerait sur une métathéorie du Bien, car « il n'y a rien de neutre à propos de la conceptualisation de premier ordre des conceptions du bien qui prévaut dans la théorie libérale »⁵⁰⁵. En effet, selon l'opinion du professeur P. Neal, partagée par différents auteurs, il existe une métathéorie du bien – celle selon laquelle « chaque individu est responsable de la définition de sa conception du bien »⁵⁰⁶ – qui n'est pas neutre car elle « élimine nécessairement toute métathéorie alternative qui refuse qu'une 'conception du bien' puisse être correctement comprise comme les fins que des sujets distincts définissent et poursuivent »⁵⁰⁷. Il n'y aurait donc pas de neutralité par rapport à la question du Bien du fait de cette métathéorie du Bien. La neutralité est en elle-même une valeur, même si elle est envisagée comme un principe institutionnel :

« La neutralité est elle-même une valeur : c'est une position normative, une doctrine sur ce que les législateurs et les fonctionnaires de l'État doivent faire. C'est une doctrine qui considère qu'il n'est pas bon que certaines considérations entrent dans le domaine politique. C'est une doctrine qui considère que la neutralité de l'action politique est bonne et juste. »⁵⁰⁸

171. Dans son article « Liberal Neutrality and Liberal Tolerance », C. M. Macleod défend l'idée que le concept de tolérance pose beaucoup moins de difficultés⁵⁰⁹, car la tolérance

⁵⁰² P. DE MARNEFFE, « The Possibility and Desirability of neutrality », art. cit., p. 45.

⁵⁰³ *Ibid.*, pp. 47-48 : L'auteur tente de définir ce qu'est une raison non-neutre, mais montre que chaque tentative de définition a des failles, et qu'il n'en existe aucune qui soit satisfaisante.

⁵⁰⁴ G. SHER, « Perfectionism and Democracy », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 144-155 ; G. SHER, *Beyond neutrality: perfectionism and politics*, Cambridge, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Cambridge University Press, 1997.

⁵⁰⁵ P. NEAL, « Une théorie libérale du bien ? », art. cit., p. 127.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 136.

⁵⁰⁸ J. WALDRON, « Legislation and moral neutrality », art. cit., p. 72 (traduction libre).

⁵⁰⁹ C.M. MACLEOD, « Liberal Neutrality or Liberal Tolerance? », *Law and Philosophy*, septembre 1997, vol. 16, n° 5, pp. 529-559.

s'accommode du perfectionnisme. En effet, pour cet auteur, la distinction entre le Juste et le Bien est trop indéterminée, et ne permet donc pas une démarcation opérationnelle entre les raisons publiques et les raisons non publiques⁵¹⁰. Ainsi les perfectionnistes considèrent que la neutralité n'est pas un idéal réalisable, ni souhaitable. Si leur critique porte plus spécifiquement sur la priorité du Juste au sens épistémologique, elle est aussi générale quant à l'ambiguïté de la distinction entre le Juste et le Bien portant atteinte à la cohérence et à la faisabilité du concept de neutralité de l'État. La critique perfectionniste reste néanmoins dans un prisme libéral, et ses adeptes ne remettent pas en question les présupposés libéraux à la source du principe de neutralité. En revanche, c'est le cas de la critique communautarienne, qui défend explicitement la priorité du Bien sur le Juste.

B) La critique communautarienne

172. À la vision libérale neutraliste s'oppose la thèse dite « communautarienne », selon laquelle les principes du Juste ne peuvent pas et ne doivent pas être supérieurs au Bien. Les auteurs dits « communautariens » sont un groupe d'auteurs anglophones qui ont pris part au débat autour du principe de neutralité de l'État au début des années 1970⁵¹¹. À rebours de la thèse libérale, les communautariens soutiennent l'idée que le Bien doit primer sur le Juste afin d'assurer la survie de la société, car toute société a besoin d'un Bien commun. Le cœur du débat porte ainsi sur le rapport entre l'individu et la communauté⁵¹². La critique communautarienne de la neutralité est basée sur la communauté : ces auteurs reprochent aux libéraux de rester indifférents aux questions de l'identité et de la communauté⁵¹³, et rejettent l'idée du caractère artificiel de la société politique. La thèse communautarienne s'inscrit dans une continuité avec

⁵¹⁰ C.M. MACLEOD, « Neutrality, Public Reason and Deliberative Democracy », in *Political neutrality : a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 159-179.

⁵¹¹ J. LACROIX, *Communautarisme versus libéralisme : Quel modèle d'intégration politique ?*, coll. « Philosophie et société », Bruxelles, Université de Bruxelles Eds, 2003 ; A. GUTMANN, « Communitarian Critics of Liberalism », *Philosophy and Public Affairs*, 1985, vol. 14, n° 3, pp. 308-322 ; M. WALZER, « La critique communautarienne du libéralisme », in A. BERTEN, DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 311-336 ; A. GOMEZ-MULLER, « Les communautariens et la critique de l'individualisme libéral, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer », in *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 672-681 ; S. MULHALL et A. SWIFT (éds.), *Liberals and communitarians*, op. cit. ; J.R. WALLACH, « Liberals, Communitarians, and the Tasks of Political Theory », *Political Theory*, novembre 1987, vol. 15, n° 4, pp. 581-611 ; A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit. ; C. TAYLOR, « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », art. cit. ; F. HUGUENIN, *Résister au libéralisme*, op. cit. ; K. BAYNES, « The liberal/communitarian controversy and communicative ethics », *Philosophy & Social Criticism*, juillet 1988, vol. 14, n° 3-4, pp. 293-313.

⁵¹² C. TAYLOR, « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », art. cit., pp. 93-94.

⁵¹³ C. TAYLOR, « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », art. cit.

la pensée politique des Anciens, pour qui le Juste doit avoir pour finalité le Bien. Parmi les principaux penseurs du communautarisme – doctrine particulièrement hétérogène⁵¹⁴ – peuvent être distingués ceux qui s'inscrivent dans un courant de pensée moderne, libéral, tel C. Taylor⁵¹⁵, M. Sandel⁵¹⁶ ou encore M. Walzer⁵¹⁷, et les antilibéraux, conservateurs, parmi lesquels A. MacIntyre⁵¹⁸, qui critiquent en profondeur la modernité⁵¹⁹. Si la critique communautarienne est largement essoufflée aujourd'hui, elle reste néanmoins pertinente pour l'étude des limites à la neutralité de l'État car elle met en exergue l'ambiguïté de la priorité du Juste et pose ainsi les fondements des critiques contemporaines des groupes minoritaires qui soulèvent la question de l'accord originel et des groupes qui en ont été exclus⁵²⁰.

173. Les auteurs communautariens remettent en cause le primat du Juste sur le Bien, en particulier au sens épistémologique. Selon leur théorie, il ne peut y avoir de séparation radicale entre l'universalité du Juste et les conceptions particulières du bien : ils nient ainsi la possibilité

⁵¹⁴ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., pp. 4-5 : « Il est certes possible d'identifier, comme le fait Charles Taylor avec une pointe d'humour, deux *teams* : le « *team L* », qui rallie entre autres John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Nagel et Thomas Scanlon, et le « *team C* », composé entre autres de Michael Sandel, Alasdair Mac Intyre et Michael Walzer. Mais les difficultés commencent dès qu'on prétend préciser les frontières entre les deux *teams* ou découvrir ce qui est partagé par les membres d'une même équipe. Isaiah Berlin et Ronald Dworkin sont, en principe, du même côté libéral, mais Dworkin s'est rapproché de certaines des thèmes communautariens et a pris ses distances par rapport à certaines idées centrales de la pensée de Berlin : il reste un libéral quand il affirme que l'État ne doit pas justifier ses actions en faisant appel à une conception spécifique du bien, mais, au moins dans ses derniers articles, il s'accorde avec les communautariens en disant que les institutions politiques ne peuvent être justifiées que par rapport aux conditions qui rendent possible la recherche (individuelle ou communautaire) de la vie bonne. On rencontre le même type de difficulté dans le camp communautarien : Charles Taylor et Michael Sandel semblent appartenir à la même *team*, mais sous plus d'un aspect ils défendent des points de vue incompatibles. Par ailleurs, dans un même courant, des convergences ponctuelles coexistent avec de profondes divergences. Michael Walzer, par exemple, est beaucoup plus proche d'Alasdair Mac Intyre que des libéraux quand il s'agit d'expliquer le rôle des traditions locales dans la genèse de l'identité morale, mais il est entièrement du côté libéral quand il critique le rejet par Mac Intyre de l'idée des droits de l'individu ».

⁵¹⁵ C. TAYLOR, « L'atomisme », in *La liberté des modernes*, coll. « Philosophie Morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 223-254 ; C. TAYLOR, « Qu'est-ce qui ne tourne pas rond dans la liberté négative ? », art. cit.

⁵¹⁶ M.J. SANDEL, « Morality and the Liberal Ideal », *New Republic*, mai 1984, vol. 190, n° 19, pp. 15-17 ; M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, op. cit. M. Sandel est « classé » chez les auteurs communautariens, mais il indique dans sa préface à la seconde édition de l'ouvrage *Le libéralisme et les limites de la justice* que, bien que si celui-ci ait été interprété comme communautariste, lui-même ne se considère pas comme un auteur communautarien. Plus encore, il soutient que le communautarisme est dans l'erreur.

⁵¹⁷ M. WALZER, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 1997.

⁵¹⁸ A. MACINTYRE, *Après la vertu : étude de théorie morale*, coll. « Quadrige. Grands textes », Paris, Presses Universitaires de France, 2006 ; A. MACINTYRE, « Le patriotisme est-il une vertu ? », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 287-309 ; A. MACINTYRE, *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

⁵¹⁹ E. PERREAU-SAUSSINE, *Alasdair MacIntyre : une biographie intellectuelle. Introduction aux critiques contemporaines du libéralisme*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

⁵²⁰ Voir *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre 1.

de l'universalité du Juste⁵²¹. Ils critiquent le contenu moral du Juste qu'ils discernent dans la valorisation de la liberté individuelle. L'accord originel reflèterait une fausse homogénéité de la société qui se traduirait ainsi par une neutralité biaisée. La neutralité libérale ne prendrait pas en compte la réalité des identités, et ne permettrait pas d'assurer un choix réel et libre entre différentes conceptions du bien. La critique communautarienne condamne donc les présupposés de la neutralité, à savoir la valorisation de l'individu et de la liberté individuelle. Les deux versants de la neutralité de l'État, et donc de la primauté du Juste sur le Bien, sont critiqués : sa possibilité et sa désirabilité. Plus précisément, elle contient trois types d'objections relatives à la possibilité et à la désirabilité de la neutralité libérale :

« Au plan *anthropologique*, la critique porte sur la conception d'un sujet désengagé et atomisé que présupposent les théories libérales. Au plan *normatif*, la critique vise le principe moral sur lequel devait se régler la morale politique : la valorisation de la liberté individuelle. Enfin au plan *sociologique*, la société libérale, dont les libéraux font la théorie, induirait chez les membres de ces sociétés une attitude individualiste, égocentrique qui aurait des effets déstructurants sur leur propre identité ainsi que sur l'identité du groupe et qui rendrait impossible toute la réalisation de l'exigence de justice mise en avant par ces théories libérales. »⁵²²

Le point de départ de la critique communautarienne est donc la conception de l'individu et de sa liberté, opposée à celle des libéraux « neutralistes ». Le principal argument des auteurs communautariens est qu'« on ne peut définir une conception du bien de l'homme sur une base naturelle et abstraite mais seulement en référence aux valeurs substantielles véhiculées par la tradition d'une communauté historique particulière »⁵²³. Ils rejettent donc l'individualisme des libéraux, et notamment l'argument anthropologique selon lequel les individus ne sont pas définis par leur appartenance ; au contraire, les communautariens estiment que cette vision de l'individu est erronée et que celui-ci ne peut être considéré indépendamment de son appartenance à une communauté⁵²⁴. Les communautariens remettent ainsi en cause l'atomisme libéral.

174. En partant de ce postulat lié à la conception de l'individu, les communautariens critiquent l'antériorité du Juste sur le Bien, et la théorie rawlsienne selon laquelle les principes

⁵²¹ A. GOMEZ-MULLER, « Les communautariens et la critique de l'individualisme libéral, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer », art. cit., p. 673.

⁵²² A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., pp. 227-230.

⁵²³ *Ibid.*, p. 14.

⁵²⁴ *Ibid.*, pp. 15-16 ; M. WALZER, « La critique communautarienne du libéralisme », art. cit. ; M. SANDEL, « La république procédurale et le moi désengagé », art. cit.

du Juste ne reposent pas sur une conception particulière de la vie bonne. L'objection classique à la théorie de J. Rawls de la part des communautariens est qu'il ne peut y avoir de sens *épistémologique* à la priorité du Juste sur le Bien : le Juste serait nécessairement lié à une conception implicite du bien. Dans *Le libéralisme et les limites de la justice*, M. Sandel s'interroge sur la possibilité d'une antériorité du Juste sur le Bien et propose une critique de la théorie de J. Rawls⁵²⁵. Selon M. Sandel, la conception déontologique de la primauté du Juste n'est pas réaliste, car il n'est pas possible de défendre une politique libérale en la « dispensant de ses embarras métaphysiques »⁵²⁶. Il défend au contraire, comme l'indique le titre de son ouvrage, une *limitation* de la justice, c'est-à-dire d'une conception de la justice limitée par la communauté. La primauté de la justice, au sens épistémologique, est impossible car il ne peut y avoir de sujet antérieurement à ses propres finalités. M. Sandel va à l'encontre de la théorie neutraliste en considérant que « la justification des droits repose sur la valeur morale des finalités au service desquelles ils sont mis »⁵²⁷. Les principes de justice ne sont donc pas fixés indépendamment et antérieurement du Bien, mais ils sont déterminés en fonction de sa finalité. Le Juste est alors dépendant du Bien, et, plus précisément, du bien de la finalité poursuivie par la société, ce qui signifie que le Juste n'est pas une fin en lui-même.

175. La critique d'A. MacIntyre est également centrée autour de l'idée que la conception de la justice « neutre » traduit une vision libérale individualiste qui, n'ayant rien d'universelle, est une tradition « à l'instar de toute autre tradition pratique, possède ses propres modèles de justification rationnelle et ses propres textes de référence »⁵²⁸. A. MacIntyre se fonde donc l'idée que le Juste est nécessairement contextualisé. Le Juste ne peut être universel dès lors qu'il est nécessairement dépendant d'une tradition pratique particulière : les principes de justice défendus par les libéraux ne sont pas « neutres » mais représentent le reflet de l'idéologie libérale, qui est en elle-même une conception particulière du bien. L'auteur critique le présupposé libéral selon lequel l'État ne doit pas intervenir dans la sphère du Bien⁵²⁹. Pour C. Taylor également, « toute théorie qui donne la primauté au juste sur le bien, repose en réalité sur une [...] notion du bien »⁵³⁰.

⁵²⁵ M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, op. cit.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 40.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 13-15.

⁵²⁸ A. GOMEZ-MULLER, « Les communautariens et la critique de l'individualisme libéral, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer », art. cit., p. 674.

⁵²⁹ A. MACINTYRE, *Après la vertu*, op. cit. ; A. MACINTYRE, *Quelle justice ?*, op. cit.

⁵³⁰ C. TAYLOR, « Le juste et le bien », *Revue de métaphysique et de morale*, mars 1988, n° 1, p. 41.

176. Par ailleurs, les auteurs communautariens estiment que la conception individualiste et procédurale de l'État chez les libéraux induit une désagrégation du sentiment d'appartenance politique⁵³¹. Ils opposent aux libéraux la critique de l'insuffisance des droits individuels et du respect des intérêts particuliers pour former et préserver le tissu social. Un accord des individus sur le « Juste » serait insuffisant pour fonder une société⁵³². Ils considèrent, en revanche, qu'une société démocratique a besoin d'une définition communément reconnue de la vie bonne⁵³³, et défendent donc la nécessité d'une incarnation du Bien commun par l'État. Les communautariens valorisent ainsi le Bien commun, écarté par les libéraux⁵³⁴. Le Bien commun est « conçu comme une conception substantielle du bien qui définit le mode de vie de la communauté », et « [p]lutôt que de s'ajuster par lui-même aux préférences des individus, ce bien commun fournit un critère au moyen duquel ces préférences sont évaluées »⁵³⁵. La communauté est antérieure à l'individu chez les auteurs communautariens ; c'est pourquoi ils considèrent que l'individu ne peut atteindre son bien propre indépendamment du bien de la communauté. La substance même du bien commun doit déterminer les principes du Juste. Il n'est donc pas une somme du bien des individus, il est *antérieur* à ceux-ci.

177. Des auteurs comme C. Taylor ou encore M. Walzer n'ont pas eu vocation à s'affranchir des acquis de la modernité, mais ont prôné la nécessité d'un Bien commun allant au-delà de l'universalité procédurale des libéraux par son contenu substantiel, car celui-ci serait nécessaire pour unifier et préserver le tissu social, contrairement au consensus politique prôné par une partie des libéraux, qui serait insuffisant en l'absence d'un horizon éthique partagé. Pour C. Taylor par exemple, dont la pensée s'inscrit dans le cadre des démocraties libérales, il est essentiel que les démocraties soient animées par un sens du bien commun partagé. L'État

⁵³¹ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., p. 10.

⁵³² C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, coll. « Lexio », Paris, Cerf, 2015.

⁵³³ Voir par exemple : C. TAYLOR, « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », art. cit.

⁵³⁴ En fondant la légitimité du pouvoir de l'État sur la préservation de la liberté, le libéralisme a écarté la notion du Bien commun : l'État ne peut proposer de réponse commune à la question de la vie bonne, et doit se limiter à garantir les droits individuels. La pensée libérale contemporaine a mis en avant les risques liés à la poursuite par l'État d'un Bien commun transcendant les intérêts particuliers. Si l'État devait promouvoir le Bien commun, il y aurait un réel risque de dérive totalitaire car l'État pourrait utiliser ses prérogatives pour contraindre les citoyens d'agir en conformité au Bien commun. L'inscription du Bien commun dans le système juridique et politique d'un État mettrait donc directement en péril la protection du pluralisme, en ce que cette inscription implique une hiérarchisation des valeurs. Or, une société libérale doit accorder un égal respect aux individus, dès lors que leurs conceptions de la vie bonne sont raisonnables, c'est-à-dire dès lors qu'elles n'ont pas vocation à prendre le dessus d'autres mouvements de pensée ou de régir la société. Ainsi, le Bien commun au sens philosophique, moral, spirituel, disparaît de la pensée libérale au profit de la protection des intérêts particuliers. L'idée selon laquelle les individus préexistent à leur appartenance sociale a pour conséquence la défense des droits individuels. La construction de l'ordre politique ne peut donc plus s'appuyer sur un *ethos*.

⁵³⁵ W. KYMLICKA, *Liberalism, community, and culture*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1989, cité et traduit par A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., pp. 236-237.

doit incarner le Bien commun afin d'engendrer chez les citoyens la cohésion sociale et patriotisme :

« Pour avoir une société libre, on doit remplacer la coercition par quelque chose d'autre. Ce ne peut être qu'une volonté d'identification des citoyens à la *polis*, au sens où les institutions politiques dans lesquelles ils vivent sont une expression d'eux-mêmes. Les 'lois' doivent être perçues comme reflétant et établissant leur dignité de citoyens, et être ainsi, en un sens, des extensions d'eux-mêmes. Comprendre que les institutions politiques sont un rempart commun protégeant la dignité du citoyen est la base de ce que Montesquieu appelait 'vertu', le patriotisme, qui est 'une préférence continuelle de l'intérêt public au sien propre', est une impulsion qui ne peut pas être nettement placée dans la distinction égoïsme/altruisme. Elle transcende l'égoïsme au sens où les gens sont réellement attachés au bien *commun* et à la liberté *générale*. Mais elle est très différente de l'attachement apolitique pour les principes universels que défendent les stoïciens ou qui est central dans l'éthique moderne du juste.

La différence tient à ce que le patriotisme est fondé sur une identification avec d'autres dans une entreprise commune particulière. Je ne suis pas dévoué à la défense de la liberté (*liberty*) de n'importe qui, mais je sens un engagement de solidarité envers mes compatriotes dans notre entreprise commune, l'expression commune de notre dignité respective. Le patriotisme se situe quelque part entre, d'un côté, l'amitié ou le sentiment de la famille et, de l'autre, le dévouement altruiste. Ce dernier ne se soucie pas du particulier : je suis enclin à agir pour le bien de n'importe qui, n'importe où. Le premier m'attache à des personnes particulières. Mais mon allégeance patriotique ne me lie pas aux personnes particulières comme le ferait une famille ; je ne peux pas connaître la plupart de mes compatriotes et ne pas les vouloir particulièrement pour amis quand je les rencontre. Mais la particularité entre en ligne de compte parce que mon engagement envers ces personnes passe par notre participation à une entité politique commune. Sur ce point crucial, les républiques qui fonctionnent sont comme les familles : a part de ce qui lie les personnes est leur histoire commune. Les liens ou les vieilles amitiés sont solides à cause de ce que nous avons vécu ensemble et de même les républiques sont liées par le temps et les périodes de crise. »⁵³⁶

Le Bien commun est fondamental dans la pensée communautarienne car il permet le patriotisme. Là où l'individualisme de l'État libéral provoque une désagrégation de l'unité sociale, les communautariens font du Bien commun lié au patriotisme un moyen de survie de

⁵³⁶ C. TAYLOR, « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », art. cit., pp. 96-97.

l'État⁵³⁷. L'État ne serait alors pas en mesure d'assurer durablement les principes de justice en raison de l'absence de patriotisme et de solidarité sociale⁵³⁸. La critique communautarienne est donc une critique externe au libéralisme : elle porte sur la manière dont le libéralisme envisage l'individu et la communauté. La priorité du Juste sur le Bien n'est donc pas souhaitable pour permettre la survie de l'État et du sentiment d'appartenance.

178. Conclusion de section. La distinction entre le Juste et le Bien, et à travers elle, la cohérence et la faisabilité du principe de neutralité de l'État, a donc été particulièrement critiquée. Ces critiques portent sur différents plans : la possibilité de distinguer ce qui relève du Juste et ce qui relève du Bien, la nécessaire primauté des principes de Juste sur la recherche de la vie bonne, ou, plus généralement, l'importance accordée à l'individu au détriment de la communauté. Ce qu'il faut tirer de ces critiques est l'idée que la neutralité de l'État résulte d'un choix initial en faveur de la liberté individuelle. La critique communautarienne et la critique perfectionniste mettent en exergue la difficulté, voire l'impossibilité de penser la neutralité à deux échelles, tant au niveau des conceptions du bien que des principes du Juste. Ces critiques permettent de tirer déjà quelques conclusions provisoires sur la nature du Juste. La critique communautarienne montre à la fois que le Juste est le reflet de l'idéologie libérale valorisant l'individu au détriment de la société, et qu'en cela, elle a un contenu moral indépassable, inhérent au libéralisme. En conséquence, le Juste correspond à un système de valeurs qui, non seulement n'est pas universel, mais qui part d'un postulat anthropologique qui, lui aussi, n'est pas universel. De même, la critique perfectionniste montre l'ambiguïté de la distinction et la difficulté de penser le Juste indépendamment du Bien, et met en évidence le contenu moral minimal mais indépassable de la neutralité de l'État.

179. Les principaux défenseurs du concept – C. Larmore, R. Dworkin et, dans une certaine mesure, J. Rawls – ont également admis que le Juste s'appuie sur une conception morale minimale, qui correspond le plus souvent à une idée intuitive, une donnée anthropologique indépassable, exigeant la primauté du Juste sur le Bien. En dernier ressort, l'État ne peut être neutre concernant la nécessité pour lui d'être neutre, c'est-à-dire juste. Il y a donc un horizon indépassable dans la neutralité : la « métathéorie du bien »⁵³⁹ selon laquelle

⁵³⁷ A. MACINTYRE, « Le patriotisme est-il une vertu ? », art. cit. ; A. MACINTYRE, *Après la vertu*, op. cit.

⁵³⁸ Q. SKINNER, « Sur la justice, le bien commun et la priorité de la liberté », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 209-226.

⁵³⁹ P. NEAL, « Une théorie libérale du bien ? », art. cit., p. 127.

l'État doit permettre la coexistence de doctrines compréhensives raisonnables. Cette métathéorie du Bien impose précisément la neutralité, et constitue la cause d'une remarquable confusion sur le sens du concept de neutralité de l'État. Les méta-valeurs du Juste, contours de la neutralité, sont « neutres » au sens où elles visent à permettre la coexistence d'une pluralité de conceptions du bien, mais elles ne sont pas nécessairement pensées comme dépourvues de contenu substantiel. La base neutre de l'État a nécessairement un contenu moral qui lui impose des limites morales à son action. Aussi, se cantonner au sens moral de la priorité du Juste, c'est-à-dire au niveau du « second ordre des conceptions individuelles »⁵⁴⁰, permet à la fois de déterminer l'objet de l'exigence de neutralité – les conceptions du bien – et de dépasser les difficultés résultant de l'idée d'un État totalement neutre, tant au niveau du Bien que du Juste, et ainsi, admettre que la neutralité de l'État est adossée à des méta-valeurs, à la première place desquelles la défense de la liberté individuelle, idée centrale de l'idéologie libérale.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

SECTION 2. LE CHOIX INITIAL EN FAVEUR DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE

180. En raison des circonstances historiques liées à son émergence, le concept de neutralité de l'État rencontre nécessairement des limites. Quelle que soit la manière dont l'exigence de neutralité est justifiée chez les théoriciens de la neutralité, celle-ci repose toujours sur les valeurs du Juste. Les premières critiques de la neutralité ont mis en lumière le contenu moral minimal indépassable auquel se heurte le concept. Un tel idéal découle, en dernier ressort, d'un choix initial en faveur de la liberté individuelle : les valeurs libérales, indépendamment de leur nature intrinsèque, exigent la neutralité de l'État. De la même manière que le libéralisme ne peut être parfaitement *α*-moral, la neutralité est nécessairement limitée.

181. La liberté individuelle, valeur fondamentale, suprême, des sociétés modernes et contemporaines, est la pierre angulaire du libéralisme. La modernité a vu s'opérer une révolution à la fois anthropologique et morale qui a consacré la liberté individuelle comme valeur fondatrice des sociétés. La liberté individuelle n'est donc pas une valeur parmi d'autres : c'est la valeur des valeurs – la « méta-valeur » des sociétés libérales contemporaines. L'exigence de neutralité de l'État en est son corollaire, ce qui implique qu'elle y trouve sa limite (§1).

182. La neutralité étant indétachable de la liberté individuelle, l'acception républicaine du concept n'est qu'une déclinaison possible du libéralisme. La neutralité n'existe dans le modèle républicain qu'en tant qu'elle s'appuie sur le primat de la liberté individuelle. Si, comme le relève P.-H. Tavoillot, cette distinction entre neutralité libérale et neutralité républicaine est schématique, elle permet néanmoins d'établir deux « idéaux-types » de la neutralité⁵⁴¹. La neutralité dite « républicaine » se retrouve à la fois dans la pensée républicaine française, mais aussi, dans une moindre mesure, dans le néo-républicanisme. La neutralité républicaine se distingue aussi de la neutralité libérale car le républicanisme accorde une place importante au Bien commun et au citoyen, sans renoncer toutefois à la liberté individuelle (§2).

⁵⁴¹ P.-H. TAVOILLOT, « Le libéralisme politique. Victoire ou défaite ? », art. cit., p. 251.

§1. La liberté individuelle, valeur fondatrice des sociétés modernes

183. Le libéralisme est « entièrement dévoué à la défense de la liberté individuelle »⁵⁴². Ce n'est pas le lieu ici de faire un tour d'horizon des différentes déclinaisons du libéralisme, qui font l'objet de nombreuses monographies⁵⁴³, mais de partir de l'axiome bien connu selon lequel le noyau dur du libéralisme entendu au sens large se trouve dans l'idée que la liberté individuelle en est la valeur fondamentale. De fait, le libéralisme a un « projet très précis, mis en œuvre contre l'absolutisme et non achevé : permettre la poursuite du bonheur par le recul de l'emprise de l'État sur les individus »⁵⁴⁴. Cette poursuite du bonheur n'appartient qu'aux individus et non à l'État, car il n'appartient qu'à ceux-ci d'être heureux⁵⁴⁵. Pour permettre cette poursuite individuelle du bonheur, il revient à l'État de garantir la liberté individuelle. À partir des écrits de T. Hobbes et de J. Locke, qui bouleversent en profondeur la manière d'appréhender l'individu, la liberté individuelle devient la valeur matricielle des sociétés modernes (I).

184. Or, la liberté individuelle, méta-valeur du Juste, exige la neutralité de l'État, qui permet de la garantir. Liberté individuelle et neutralité de l'État sont ainsi indissolublement liées au cœur de l'axiologie libérale et de sa mise en œuvre : la neutralité de l'État repose sur le primat de la liberté individuelle (II).

I. L'avènement de la liberté individuelle, méta-valeur des sociétés libérales

185. L'idéologie de la liberté individuelle, qui bouleverse la conception du pouvoir et donc l'organisation politique et institutionnelle de l'État moderne, est issue d'une révolution anthropologique et morale. Le prisme par lequel sont appréhendés les droits et libertés dans l'État moderne est celui d'un discours sur la nature et la place de l'individu, qui est à l'origine

⁵⁴² V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », in *Les penseurs libéraux*, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », Paris, Les Belles Lettres, 2012, p. 27.

⁵⁴³ Voir par exemple : C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, coll. « Folio essais », n° 524, Paris, Gallimard, 2009 ; P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, op. cit. ; P. MANENT, *Les libéraux*, coll. « Tel », n° 315, Paris, Gallimard, 2001 ; A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », n° 21, Paris, Les Belles Lettres, 2012 ; A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit.

⁵⁴⁴ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 27.

⁵⁴⁵ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, op. cit., p. 46.

de la place de la liberté individuelle dans les sociétés contemporaines. C'est sur cette anthropologie individualiste que repose l'idée de neutralité de l'État (A).

186. Le cadre libéral de l'État moderne, organisé autour de différents piliers⁵⁴⁶, véhicule le « bien suprême » de l'idéologie libérale : la « liberté »⁵⁴⁷. La liberté individuelle, de laquelle découle l'ensemble des valeurs libérales, a donc une place à part dans les valeurs de la modernité. Elle est la première « méta-valeur » de la modernité, qui s'est véritablement imposée au XX^e siècle (B).

A) La révolution anthropologique

187. La modernité a profondément bouleversé la manière d'appréhender l'individu et d'envisager la liberté. La société fait désormais primer la liberté privée de l'individu, ou « liberté des Modernes », au détriment de la liberté collective, ou « liberté des Anciens »⁵⁴⁸. Ce changement trouve sa source dans une révolution anthropologique : un renversement profond de la manière dont l'individu est perçu au sein de la société, et plus généralement, au sein du monde. Chez les Anciens, les libertés étaient *octroyées* : le monarque, le souverain, octroyait des droits et libertés aux individus, le plus souvent à certaines classes, certains individus, lorsque d'autres en étaient totalement exclus. C'est l'idée de « privilèges »⁵⁴⁹, évoquée au sujet de l'Ancien Régime, et qui, plus largement, désigne la manière dont étaient appréhendées les droits et libertés avant l'ère moderne. L'idée de droit ou de liberté inhérent à la nature même de l'Homme était inconnue des sociétés prémodernes. Ce n'est qu'avec les premiers penseurs du libéralisme que s'est opérée la révolution anthropologique qui a placé l'individu au cœur de la société. Pour la première fois dans l'histoire de la pensée politique, les individus sont définis indépendamment d'une quelconque appartenance sociale, culturelle ou autre.

188. La liberté individuelle correspond à la liberté dans laquelle l'Homme se trouvait à l'état de nature. Considéré comme le premier penseur libéral et la « figure tutélaire du libéralisme politique »⁵⁵⁰, J. Locke est l'un des premiers représentants de l'école du droit naturel moderne. Le *Second traité du gouvernement civil* est essentiellement dirigé contre T. Hobbes :

⁵⁴⁶ Voir *supra*, § 85 et s.

⁵⁴⁷ A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., pp. 52-53.

⁵⁴⁸ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, op. cit.

⁵⁴⁹ Au sens littéral de « [d]roit, avantage particulier accordé par une autorité, à une personne ou à un groupe, en dehors des règles communes » (« Privilège », *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, disponible sur <http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=1871755590;>).

⁵⁵⁰ A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, op. cit., p. 232.

l'état de nature décrit et théorisé par J. Locke est opposé à l'état de guerre dans l'état de nature hobbesien, et va avoir un impact considérable sur la pensée philosophique moderne. En effet, J. Locke s'interroge de manière abstraite sur l'état de nature et part de considérations anthropologiques. Si T. Hobbes et J. Locke partagent l'idée d'un état de nature dans lequel il n'y a pas d'institutions politiques⁵⁵¹, l'état de nature lockien n'est pas un état de guerre⁵⁵², mais un état de liberté absolue :

« Pour bien comprendre ce qu'est le pouvoir politique, et pour le faire remonter à son origine, nous devons considérer dans quel état tous les hommes se trouvent par nature ; c'est-à-dire, *un état où ils ont la parfaite liberté* d'ordonner leurs actions et de disposer de leurs possessions et de leurs personnes comme ils l'estiment convenable, à l'intérieur des limites de la loi de nature, sans demander la permission à quiconque et sans dépenser de la volonté d'aucun autre homme »⁵⁵³.

Dans la théorie lockienne, l'état de nature est un état de parfaite liberté car il n'y a pas d'institutions politiques ; dès lors, les Hommes sont libres d'agir sans contrainte et de disposer de leurs biens selon leurs souhaits. Néanmoins, si, dans cet état de nature, les Hommes sont naturellement libres et égaux, cette liberté n'est pas illimitée. En effet, l'homme « n'a cependant pas la liberté de se détruire, non plus qu'aucune créature en sa possession », et ainsi, « aucun ne doit nuire à un autre dans sa vie, sa santé, sa liberté et ses possessions »⁵⁵⁴. Pour éviter que l'état de nature ne devienne un état de guerre, un juge chargé de résoudre les conflits entre les individus est nécessaire. Les institutions créées par le contrat social, sur lesquelles se sont accordées et ont consenti librement toutes les personnes voulant former une société politique, ont pour seul but d'éviter les conflits. Dès lors, l'État, chez J. Locke, poursuit un dessein limité : celui d'éviter les conflits et de trancher les litiges. Il doit, dans la mesure du possible, préserver la liberté qui existe dans l'état de nature. J. Locke critique la théorie hobbesienne d'un État puissant, car celui-ci serait plus injuste que l'état de nature. L'unique fonction de l'État est de

⁵⁵¹ Chez T. Hobbes, « l'état de nature est le résultat d'une démarche intellectuelle par laquelle Hobbes examine quels droits d'agir et quelles raisons d'agir auraient les hommes, s'il n'existait pas d'autorité vers laquelle ils puissent se tourner pour régler leurs querelles, ou sur laquelle ils puissent s'appuyer pour assurer la stabilité des prévisions du comportement des autres hommes à leur endroit » (J.H. BURNS, *Histoire de la pensée politique moderne*, op. cit., pp. 488-489).

⁵⁵² T. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 1999, p. 124 : « Il apparaît clairement par là qu'aussi longtemps que les hommes vivent sans un pouvoir commun qui les tienne tous en respect, ils sont dans cette condition qui se nomme guerre, et cette guerre est guerre de chacun contre chacun ».

⁵⁵³ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement*, op. cit., p. 5.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 6.

protéger la propriété privée et de garantir la liberté individuelle⁵⁵⁵. L'État doit garantir les libertés naturelles de l'Homme, qui ne procèdent plus de lui, mais sont inhérentes à la nature de l'Homme. L'État n'*octroie* pas les libertés ; il existe pour les protéger et permettre l'épanouissement des individus composant la société politique. Dès lors, l'État ne doit pas avoir la possibilité de porter atteinte à ces libertés naturelles, excepté pour préserver la paix, la sûreté, et le bien public du peuple. En partant de considérations anthropologiques de l'Homme à l'état de nature, J. Locke pose les fondements théoriques de l'État libéral. Il est ainsi considéré comme le fondateur du libéralisme politique car sa théorie remet profondément en cause la place de l'individu dans la société : la société existe *pour* protéger l'individu et ses libertés. Il y a donc un renversement complet de la place de l'individu : ce sont les droits et libertés individuels qui doivent être protégés *de* l'État et *par* l'État. En conséquence, l'État a une fonction limitée.

189. Cette révolution anthropologique, plaçant l'individu au fondement de la société, se retrouve dans la pensée des Lumières et leurs conséquences : les révolutions anglaise, américaine et française, aboutissant à des déclarations de droit naturels et imprescriptibles de l'homme. Les droits de l'Homme sont envisagés comme des droits existants à l'état de nature, qui ont été bafoués par les constitutions injustes de la monarchie absolue. La première reconnaissance et protection juridique de la liberté individuelle se trouve dans l'*Habeas Corpus* de 1679, dont l'article 2 garantit le droit à la sûreté. C'est également l'objet du *Bill of Rights* de 1689, qui reprend les éléments de l'*Habeas Corpus* : les droits fondamentaux qui y sont reconnus relèvent du droit naturel, bien qu'ils soient garantis par le Parlement. Le *Bill of Rights* n'est pas réellement une déclaration de droits *individuels*, car c'est en réalité un texte politique, mais il affirme néanmoins la « supériorité des droits humains sur les pouvoirs du Roi »⁵⁵⁶. La déclaration des droits de Virginie, écrite par J. Madison, et votée en 1776, proclame que « tous les hommes sont nés également libres et indépendants, et possèdent certains droits inhérents dont ils ne peuvent pas, lorsqu'ils entrent dans l'état de société, priver ou dépouiller leur

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 93 : « S'il est vrai qu'en entrant en société, les hommes abandonnent l'égalité, la liberté et le pouvoir exécutif qu'ils possédaient dans l'état de nature, et qu'ils les remettent entre les mains de la société pour que le législatif en dispose selon que le bien de cette même société l'exigera, il reste cependant que chacun ne le fait que dans l'intention de préserver d'autant mieux sa personne, sa liberté et sa propriété (car on ne peut supposer qu'une créature rationnelle change de situation dans l'intention de la rendre pire). Le pouvoir de la société, ou du *législatif* qu'elle institue, *ne peut jamais être censé s'étendre au-delà de ce que requiert le bien commun* [...] Par conséquent, quiconque détient le législatif ou le pouvoir suprême de la république est tenu de gouverner selon des *lois fixes* et établies, promulguées et connues du peuple, et non par des décrets improvisés ; de gouverner par le moyen de *juges impartiaux* et intègres, appelés à trancher tous les différends en fonction de ces lois ; enfin, de n'employer à l'intérieur la force de la communauté *que pour l'exécution de ces lois*, et à l'extérieur pour prévenir les atteintes de l'étranger ou en obtenir réparation, afin de garantir la communauté contre les incursions et les invasions. Tout ceci ne doit être dirigé vers aucune autre *fin* que la paix, la sûreté et le *bien public* du peuple ».

⁵⁵⁶ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 190.

postérité »⁵⁵⁷. Cette affirmation correspond à l'idée « qu'il existe une nature commune à tous les hommes, identique chez chacun d'eux, en vertu de laquelle il leur revient à tous les mêmes droits, quelles que puissent être leurs caractéristiques distinctives (d'âge, de sexe, d'ethnie, etc.) »⁵⁵⁸. La conception d'une liberté individuelle inhérente à la nature de l'Homme apparaît également dans l'article 1 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen – « Les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » – et est définie à l'article 4 :

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen distingue donc les droits naturels, *inhérents à la nature de l'Homme*, des droits politiques, réservés aux citoyens, et la primauté des premiers sur les seconds se déduit de l'article 2 : « Le but de toute association politique est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Ces déclarations de droit reflètent la primauté de l'individu au cœur de la société. Cette révolution anthropologique, morale et politique a abouti à une conception profondément différente de la liberté : les droits et libertés sont désormais reconnus sous forme de droits subjectifs, et non plus sous forme de privilèges. La liberté de l'individu est indépendante de toute forme d'autorité, que celle-ci soit morale ou encore religieuse, et indépendante de la société elle-même.

190. Les deux caractéristiques de la pensée libérale sont le primat de l'individu et le primat de la liberté, ce qui a pour conséquence, pour reprendre les termes d'A. Laurent, que la liberté individuelle fut « érigée en valeur matricielle du libéralisme »⁵⁵⁹. La liberté individuelle est donc par nature la méta-valeur des sociétés contemporaines : ce n'est pas une valeur qui peut être comparée aux autres car elle est à la fois le fondement et la nature des sociétés libérales. C'est parce que la liberté individuelle est à l'origine des sociétés modernes qu'elle a une place à part au sein des valeurs.

⁵⁵⁷ Déclaration des droits de Virginie de 1776, Article 1^{er}.

⁵⁵⁸ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, coll. « Alto », Paris, Aubier, 1999, p. 18.

⁵⁵⁹ A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., p. 55.

B) La liberté individuelle, « valeurs des valeurs » de la modernité

191. En 1819, à l'Athénée royale de Paris, B. Constant donna une conférence intitulée « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », qui deviendra son texte le plus célèbre. Pour expliquer le libéralisme, il oppose deux types de libertés : la liberté des Anciens et la liberté des Modernes. La liberté des Modernes correspond, pour sa majeure partie, à la liberté individuelle :

« C'est pour chacun le droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être ni arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou de plusieurs individus. C'est pour chacun le droit de dire son opinion, de choisir son industrie et de l'exercer ; de disposer de sa propriété d'en abuser même ; d'aller, de venir, sans en obtenir la permission, et sans rendre compte de ses motifs ou de ses démarches. C'est, pour chacun, le droit de se réunir à d'autres individus, soit pour conférer sur ses intérêts, soit pour professer le culte que lui et ses associés préfèrent, soit simplement pour remplir ses jours et ses heures d'une manière plus conforme à ses inclinaisons, à ses fantaisies. Enfin, c'est le droit, pour chacun, d'influer sur l'administration du gouvernement, soit par la nomination de tous ou de certains fonctionnaires, soit par des représentations, des pétitions, des demandes, que l'autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération. »⁵⁶⁰

192. À la liberté des Modernes, s'oppose la liberté des Anciens, constituée de droits politiques⁵⁶¹. Chez les Anciens, pour qui l'individu est « esclave dans tous ses rapports privés »⁵⁶², il n'y a pas de liberté individuelle car s'opère une confusion complète de la sphère privée et de la sphère publique ; en réalité, seuls existent une sphère publique et un « assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble »⁵⁶³. Dès lors, la liberté des Anciens « se composait plutôt de la participation active au pouvoir collectif que de la jouissance

⁵⁶⁰ B. CONSTANT, *De la liberté chez les modernes*, op. cit., pp. 494-495.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 495 : « Celle-ci consistait à exercer collectivement, mais directement, plusieurs parties de la souveraineté toute entière, à délibérer, sur la place publique, de la guerre et de la paix, à conclure avec les étrangers des traités d'alliance, à voter les lois, à prononcer les jugements, à examiner les comptes, les actes, la gestion des magistrats, à les faire comparaître devant tout un peuple, à les mettre en accusation, à les condamner ou à les absoudre [...] ».

⁵⁶² *Ibid.*, p. 496.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 495 : « Vous ne trouverez chez eux presque aucune des jouissances que nous venons de voir faisant partie de la liberté chez les modernes. Toutes les actions privées sont soumises à une surveillance sévère. Rien n'est accordé à l'indépendance individuelle, ni sous le rapport des opinions, ni sous celui de l'industrie, ni surtout sous le rapport de la religion. La faculté de choisir son culte, faculté que nous regardons comme l'un de nos droits les plus précieux, aurait paru aux anciens un crime et un sacrilège. Dans les choses qui nous semblent les plus futiles, l'autorité du corps social s'interpose et gêne la volonté des individus ».

paisible de l'indépendance individuelle »⁵⁶⁴. Ces droits politiques sont secondaires chez les Modernes, car, comme l'explique B. Constant, la modernité est avant tout la jouissance de la liberté individuelle :

« La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. La liberté politique en est la garantie ; la liberté politique est par conséquent indispensable. Mais demander aux peuples de nos jours de sacrifier, comme ceux d'autrefois, la totalité de leur liberté individuelle à leur liberté politique, c'est le plus sûr moyen de les détacher de l'une ; et quand on y serait parvenu, on ne tarderait pas à leur ravir l'autre. »⁵⁶⁵

Ainsi, les droits politiques sont seconds, car ils sont envisagés seulement comme un moyen de garantir la jouissance de la liberté individuelle des citoyens.

193. B. Constant est un auteur majeur dans la défense et la justification du primat de la liberté individuelle, qui est au cœur de sa conférence « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes ». Il consacre également un chapitre à la liberté individuelle dans les *Principes de politiques*, dans lequel il rappelle que la liberté individuelle « est le but de toute association humaine ; sur elle s'appuie la morale publique et privée : sur elle reposent les calculs de l'industrie, sans elle il n'y a pour les hommes ni paix, ni dignité, ni bonheur »⁵⁶⁶. Il ressort donc que la place particulière que la liberté individuelle occupe dans les sociétés modernes. Chez B. Constant, et dans toute la pensée libérale, la liberté individuelle prime, et ne doit jamais être sacrifiée pour établir ou accroître la liberté politique, car « [l']indépendance individuelle est le premier des besoins modernes »⁵⁶⁷, et ainsi, les libertés politiques doivent la garantir. La liberté individuelle est donc la première des libertés dans l'idéologie libérale.

194. Ce bouleversement dans le rapport à l'individu est profondément lié aux idées d'indépendance et d'autonomie : l'autonomie et la liberté sont inhérentes à la condition humaine, à la nature de l'Homme. La liberté des Modernes peut être appréhendée soit en lien avec l'autonomie⁵⁶⁸, soit en lien avec l'indépendance⁵⁶⁹. Ces deux thèses s'affrontent sur la meilleure traduction de la liberté « négative » des Modernes. A. Laurent défend la thèse selon

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 509.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 408.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 506.

⁵⁶⁸ A. RENAULT, « Liberté. Liberté et autonomie », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 347.

⁵⁶⁹ A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., pp. 57-58.

laquelle l'autonomie et l'indépendance se complètent mutuellement dans la théorisation libérale de la liberté individuelle :

« Dans la tradition libérale, l'idée d'indépendance individuelle représente l'une des meilleures traductions possibles de la liberté négative : autant que faire se peut, *ne pas* être soumis à la volonté d'autrui ou à la coercition étatique pour décider de l'orientation de la vie privée ou intervenir dans la vie publique (vote, liberté d'expression...). C'est une indépendance de nature morale, qui ne nie pas naïvement la réalité des multiples et complexes interdépendances concrètes dont se tisse toute une vie sociale. Elle n'exclut pas mais au contraire présuppose et achève une autonomie dans et par laquelle l'individu doué de libre arbitre s'autodétermine intimement, règle sa conduite et effectue de libres choix grâce au pouvoir réfléchi sur soi que lui donne la raison. Dans la théorisation libérale de la liberté individuelle, indépendance et autonomie se compètent et s'impliquent mutuellement. Sans indépendance, l'autonomie est vaine, toujours exposée à l'invasion extérieure et par suite étouffée ou mutilée ; mais sans autonomie, l'indépendance individuelle est vide, toujours menacée d'errance anémique. »⁵⁷⁰

195. En tout état de cause, que la liberté individuelle soit d'abord liée à l'autonomie ou à l'indépendance, elle contient un fondement moral qui est indépassable. Toute l'idéologie libérale part du noyau dur selon lequel la liberté individuelle est la méta-valeur des sociétés modernes. C'est la valeur suprême de la modernité, et correspond à la conception du bien véhiculée par le libéralisme, qui « ne vise pas le sens de la vie, mais seulement la possibilité pour chacun de le définir librement »⁵⁷¹. Avec l'idéologie libérale, la finalité de l'ordre politique passe d'un « État *producteur* de la société » à un « État *produit* par la société »⁵⁷². Par conséquent, la liberté individuelle doit être appréhendée comme une *méta-valeur* : elle n'est pas une valeur libérale parmi d'autres ; elle prend le pas sur les autres valeurs, et « est la condition de toutes les autres »⁵⁷³. Si la liberté individuelle est consacrée dans le droit positif des démocraties libérales, elle n'est pas, comme le souligne la professeure M. Fabre-Magnan, « une notion juridique opératoire que les individus pourraient invoquer devant les tribunaux [...], mais plutôt comme une *valeur suprême qui imprègne tout le système juridique* »⁵⁷⁴, car elle fonde l'organisation juridique et politique des sociétés libérales. De ce fait, elle est à la

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 42.

⁵⁷² M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », art. cit., p. 57.

⁵⁷³ E. LABOULAYE, Chap. III, *Le Parti libéral, son programme et son avenir*, 1863, cité par A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, op. cit., p. 429.

⁵⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018, p. 30 (nous soulignons).

croisée des chemins entre les valeurs et les normes, à la fois « métanorme » et « métavaleur » du système libéral de droit⁵⁷⁵.

196. Le fondement des sociétés modernes est donc la liberté individuelle. Cette valeur suprême ne doit pas être confondue avec l'idéal démocratique, qui est apparu plus tard dans les sociétés libérales. La primauté de la liberté individuelle comme méta-valeur des sociétés modernes préexiste à la démocratie. Avec l'avènement de l'idéal démocratique et sa retranscription dans les constitutions contemporaines, ces idéaux peuvent être confondus, c'est-à-dire qu'ils pourraient être considérés d'égale importance. Or, chez tous les libéraux, les droits de l'Homme l'emportent sur la participation de tous à la société démocratique. La pensée libérale, comme le rappelle V. Valentin dans son article introductif à l'ouvrage *Les penseurs libéraux*, « ne s'est jamais livrée à l'idéal démocratique au point d'oublier celui plus élevé de la liberté individuelle : elle ne s'est jamais confondue avec la simple revendication du pouvoir du peuple sur lui-même »⁵⁷⁶. La démocratie est un complément à l'idéologie libérale : loin d'en être au fondement⁵⁷⁷, elle est à son service.

197. La question de la liberté individuelle est centrale chez tous les auteurs libéraux, quel que soit le courant du libéralisme auquel ils appartiennent. Or, c'est la liberté individuelle qui est au fondement de la neutralité de l'État : ce concept repose d'abord et avant tout sur le primat de la liberté individuelle, justement parce que la liberté individuelle est la valeur et la norme fondamentale des sociétés modernes, ce qui a pour conséquence qu'elle « déleste la politique de la charge de formuler des unanimités massives sur des valeurs positives fournissant des motifs religieux, éthiques ou idéologiques de coopération sociale »⁵⁷⁸.

II. Le lien entre la liberté individuelle et la neutralité de l'État

198. Dans sa thèse relative aux fondements éthiques des différentes déclinaisons du libéralisme, le philosophe A. Boyer distingue le libéralisme dont le cœur est la défense de la liberté individuelle, qui est celui de J. Locke, W. Humboldt, B. Constant, J. S. Mill ou encore I. Berlin, et celui des libéraux contemporains comme C. Larmore et R. Dworkin, pour qui le cœur du libéralisme est la neutralité de l'État, qu'il qualifie de « neutralisme »⁵⁷⁹. L'exigence

⁵⁷⁵ J.-M. FERRY, « De l'élection de valeurs à l'adoption de normes », art. cit., p. 149.

⁵⁷⁶ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 56.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁷⁸ J.-M. FERRY, « De l'élection de valeurs à l'adoption de normes », art. cit., p. 153.

⁵⁷⁹ A. BOYER, *Quels fondements éthiques pour quel libéralisme ? Critique et justification (malgré tout) du libéralisme moderne*, op. cit., p. 182.

de neutralité de l'État et la théorisation explicite de la nécessité pour l'État d'être neutre correspondent effectivement à une déclinaison plus contemporaine du libéralisme. Néanmoins, s'il existe une continuité entre ces deux déclinaisons du libéralisme, la seconde puisant ses racines dans les écrits des auteurs de la première⁵⁸⁰, elles répondent au même objectif : la défense de la liberté individuelle. L'exigence de neutralité de l'État répond au primat de la liberté des Modernes sur la liberté des Anciens. Par conséquent, la liberté individuelle et la neutralité de l'État sont, selon l'expression du philosophe J.-C. Michéa, « les deux visages d'une même réalité »⁵⁸¹. Elles n'ont, en revanche, pas la même nature. La liberté individuelle est une méta-valeur : elle a un contenu moral indépassable. La neutralité de l'État est, quant à elle une exigence procédurale, qui a vocation à garantir la liberté individuelle. Ainsi, neutralité et liberté sont étroitement liées dans un cercle vertueux, et le lien qui doit être établi entre ces deux notions est en réalité un lien de cause à effet à double niveau.

199. D'abord, le respect et la préservation de la liberté individuelle, envisagée prioritairement comme une liberté négative, impliquent par définition la neutralité de l'État (A).

200. Mais la liberté individuelle n'est pas seulement la cause de la neutralité de l'État, elle est également sa conséquence. En effet, la mise en place de l'État neutre permet l'élargissement du champ de liberté individuelle (B).

A) La neutralité de l'État, corollaire de la liberté individuelle

201. Dès lors que la liberté, chez les Modernes, est envisagée avant tout dans son rapport avec l'individu, la société doit être organisée de manière à la préserver. Le principe de neutralité de l'État permet de mettre en œuvre l'idéal libéral selon lequel chaque individu doit vivre selon ses propres croyances et son propre mode de vie. De la valorisation de la liberté individuelle découle nécessairement l'exigence d'un ordre social organisé de manière à permettre cette liberté. Cette organisation de la société correspond donc au principe de neutralité de l'État vis-à-vis du Bien. En effet, pour défendre la nécessité d'un État neutre, il faut d'abord admettre et défendre l'idée que les individus puissent choisir leurs propres conceptions du bien.

202. La liberté étant avant tout celle de l'individu, le rôle de l'État est, non seulement d'accepter la pluralité des opinions et des valeurs, mais surtout de la *garantir*. L'État n'a plus

⁵⁸⁰ Voir *supra*, § 73 et s.

⁵⁸¹ J.-C. MICHEA, *La double pensée*, op. cit., p. 213.

pour fonction de promouvoir les valeurs substantielles de la communauté, mais de garantir la liberté de choix des individus. Il n'y a d'autres fondements de la vie sociale que l'individu, ce qui implique que les valeurs et les croyances relèvent de lui, et non plus de l'État. Or, pour que l'individu ait effectivement un réel choix dans son mode de vie, ses croyances et ses valeurs, l'État ne doit pas contraindre les individus sur le plan moral, et doit au contraire se garder d'intervenir dans la sphère privée. Admettre la liberté individuelle comme valeur fondamentale de la société implique, pour l'État, le respect de la liberté *négative* des individus⁵⁸². La seule intervention acceptée de l'État libéral est celle visant à protéger la liberté d'autrui. La liberté négative renvoie au fait de ne pas être soumis à la volonté d'autrui. Dans la mesure où la liberté des Modernes « refuse tout sacrifice de l'intérêt de l'individu à un Bien plus élevé que lui-même »⁵⁸³, l'État ne peut plus symboliser et défendre une conception du bien en particulier. Le primat de la liberté individuelle soustrait l'État à la nécessité de former une communauté de valeurs substantielles partagées.

203. La liberté des Modernes constitue le fruit d'une libération à l'assujettissement individuel à l'autorité du corps social, et « doit se comprendre comme une recherche d'autonomie : elle est l'acte par lequel l'individu refuse de voir son existence, ses valeurs et ses normes déterminées par une instance extérieure, quelle qu'elle soit »⁵⁸⁴. Parce qu'elle est intimement liée à l'autonomie et l'indépendance, la liberté individuelle implique le droit de s'autodéterminer, le droit pour chaque individu de juger par soi-même le mode de vie, la conception du bien qui lui convient le mieux, celle qu'il estime être le meilleur moyen du bonheur. De ce droit au jugement personnel, de ce droit de ne pas être contraint dans ses croyances par autrui, et *a fortiori* par l'État – car « [c]ontraindre un homme, c'est le priver de liberté »⁵⁸⁵ – découle logiquement la neutralité de l'État, envisagée comme la structure permanente du pouvoir. En effet, le respect de la liberté individuelle ne peut mener qu'à la neutralité de l'État, et, plus précisément, à la neutralité *négative* de l'État. La mise en œuvre *négative* de la neutralité de l'État – telle qu'elle a été envisagée dans ses fondements⁵⁸⁶ – correspond précisément à cet État minimal qu'implique la liberté négative théorisée par I. Berlin. Dans sa dimension négative, le principe de neutralité exige le désengagement de l'État sur les questions du Bien, et donc, une limitation de son action au sein de la sphère privée. La

⁵⁸² Voir *supra*, § 96.

⁵⁸³ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 120.

⁵⁸⁴ V. CITOT, « Le processus historique de la Modernité et la possibilité de la liberté (universalisme et individualisme) », art. cit., p. 39.

⁵⁸⁵ I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, op. cit., p. 170.

⁵⁸⁶ Voir *supra*, §57 et s.

dimension négative du principe de neutralité correspond à l'élément de respect de la neutralité, c'est-à-dire son caractère passif⁵⁸⁷. Seule cette dimension de respect et de retrait permet d'assurer cette « aire minimum de liberté individuelle » qui ne doit « en aucun cas être violée »⁵⁸⁸. Pour garantir cette zone minimale de liberté, pour que chaque individu ait « la possibilité de développer ses facultés naturelles qui, seules, lui permettent de poursuivre ou même de concevoir les fins que l'on tient pour bonnes, justes ou sacrées »⁵⁸⁹, l'État doit s'abstenir d'intervenir et donc, être neutre vis-à-vis des conceptions du bien.

204. Ainsi, la liberté individuelle, qui est envisagée comme une liberté *négative*, implique nécessairement la neutralité négative de l'État. En effet, la liberté négative est nécessairement neutre car elle pose « qu'aucun jugement de valeur sur le contenu des choix individuels n'a de pertinence sauf s'ils conduisent à nuire à autrui »⁵⁹⁰. Elle permet de délimiter l'« aire de non-ingérence » de l'État⁵⁹¹. *A contrario*, la liberté « positive », qui consiste à atteindre des fins expressément poursuivies comme telles, « implique une valorisation de certains bien que l'État est fondé à promouvoir », et ainsi, exclut la neutralité de l'État⁵⁹². La liberté ainsi conçue renvoie donc à l'autonomie, car elle symbolise précisément le refus de l'hétéronomie⁵⁹³.

205. Aussi, la liberté individuelle, aux fondements idéologique, anthropologique et moral de la société moderne, fonde l'organisation de l'État moderne autour d'une neutralité institutionnelle de l'État. Cela engendre un « cercle vertueux » car la neutralité de l'État implique, corrélativement, un accroissement de la liberté individuelle.

B) La liberté individuelle, corollaire de la neutralité de l'État

206. Si la neutralité de l'État est rendue indispensable par la valorisation de la liberté individuelle, elle permet également de la renforcer. En effet, la liberté individuelle n'est pas seulement à l'origine du libéralisme, mais correspond également à son projet⁵⁹⁴. La neutralité de l'État permet alors non seulement de la garantir, mais également de la favoriser. L'État

⁵⁸⁷ A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », art. cit.

⁵⁸⁸ I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, op. cit., p. 173.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 366.

⁵⁹¹ I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, op. cit., p. 175.

⁵⁹² A. POLICAR, « Le libéralisme politique face à la neutralité : La valeur de l'autonomie », art. cit., p. 1.

⁵⁹³ A. RENAUT, « Liberté. Liberté et autonomie », art. cit.

⁵⁹⁴ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 26.

neutre permet la liberté individuelle en s'« élevant au-dessus de la société pour permettre aux Hommes d'être libres »⁵⁹⁵. La liberté individuelle nécessite la protection et la garantie de l'État, et donc sa neutralité. Comme l'a d'abord montré W. Humboldt, c'est la liberté individuelle qui permet et renforce la pluralité des opinions et des modes de vie. Dans son *Essai sur les limites de l'action de l'État*, W. Humboldt avance l'idée que les limites à l'intervention de l'État sont bénéfiques à la société du fait qu'elles permettent la diversité de choix⁵⁹⁶. La protection de la liberté individuelle *favorise* le développement d'une pluralité de croyances et de modes de vie.

207. Le fait pluraliste a mené à la défense de la liberté individuelle et donc à la nécessaire neutralité de l'État, mais la neutralité de l'État, en protégeant la liberté individuelle, favorise le fait pluraliste. Dès lors, la liberté individuelle n'est pas seulement la cause de la neutralité, mais elle en est également sa conséquence. Plus l'État assure une neutralité « parfaite », plus la pluralité est possible, et plus les individus sont réellement libres de choisir leurs modes de vie et leurs croyances :

« Plus vaste est cette aire de non-ingérence, plus étendue est
ma liberté. »⁵⁹⁷

La neutralité de l'État permet alors le développement d'une multitude de conceptions du bien, et la liberté individuelle s'en trouve enrichie. La liberté individuelle étant à la fois le fondement et l'ultime ambition de l'État moderne, son lien avec le principe de neutralité de l'État est double, car celle-ci vise à la fois à la protéger et à accroître son champ.

208. Le primat de la liberté individuelle auquel répond l'exigence de neutralité représente la limite morale du concept. La neutralité de l'État repose sur une métathéorie du Bien qui valorise la possibilité pour chaque individu de définir librement sa propre conception du bien. Le libéralisme politique conçoit l'État neutre comme un moyen d'assurer et de protéger la liberté individuelle et les droits et libertés qui en découlent. Il y a ainsi une limite morale indépassable à la neutralité de l'État rencontrée dans la liberté individuelle. L'importance de la liberté individuelle est relative dans la pensée républicaine : la neutralité républicaine est enrichie d'un contenu substantiel qui s'additionne au socle libéral. Toutefois, la défense républicaine de la neutralité s'est attachée, avec le « renouveau » républicain, à théoriser une conception républicaine de la neutralité respectueuse du primat de la liberté individuelle.

⁵⁹⁵ A. POLICAR, *Le libéralisme politique et son avenir*, op. cit., p. 105.

⁵⁹⁶ A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., pp. 96-97.

⁵⁹⁷ I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, op. cit., p. 172.

§2. La liberté individuelle dans la défense républicaine de la neutralité

209. Le républicanisme, qui apparaît dans l'Antiquité, dans l'œuvre d'Aristote et celle de Cicéron⁵⁹⁸, préexiste à la défense de la liberté individuelle et de la neutralité de l'État. Au sens large, le républicanisme est un courant de pensée très hétérogène⁵⁹⁹. La caractéristique générale, qui se trouve dans chacune des variantes, est la dimension holistique de ce courant de pensée : la société est appréhendée indépendamment de la somme des individus. Le républicanisme est articulé autour du Bien commun, mais aussi de la vertu civique et du règne des lois⁶⁰⁰. Le Bien commun est au cœur de la pensée républicaine classique, et revêt un contenu substantiel : il doit être placé au-dessus du bien individuel, et est distinct de la somme des biens individuels. Ainsi, le républicanisme et le libéralisme s'opposent en particulier sur la manière d'appréhender la liberté, et cette opposition se retrouve dans la distinction établie par I. Berlin entre liberté positive et liberté négative. Schématiquement, la liberté négative est associée au libéralisme et la liberté positive au républicanisme⁶⁰¹. La liberté positive implique une action de l'individu : pour être libre, l'individu doit être son propre maître. Elle rejoint la liberté des Anciens développée par B. Constant : la liberté nécessite la participation des individus au pouvoir collectif. La vertu, l'esprit civique, le Bien commun, la valorisation de la société par-delà l'individu sont autant de notions phares du républicanisme qui paraissent d'emblée en contradiction avec l'exigence de neutralité de l'État fondée sur le primat de la liberté individuelle. En raison de l'importance du civisme et de la vertu, le républicanisme est « fortement soupçonné de ne pas prendre au sérieux la liberté et les droits de l'individu »⁶⁰². Or, une partie du courant républicain a développé une défense du principe de neutralité aboutissant à une conception « républicaine » du concept. Ce courant s'inscrit dans le républicanisme moderne, qui « cherche à briser l'image simpliste qui oppose les partisans d'une

⁵⁹⁸ S. AUDIER, *Les théories de la république*, coll. « Repères », n° 399, Paris, La Découverte, 2015, pp. 7-14.

⁵⁹⁹ S. AUDIER, *Les théories de la république*, *op. cit.*

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁰¹ Néanmoins, selon P. Pettit, qui s'appuie sur Q. Skinner, il n'y a pas réellement d'indices selon lesquels les républicains soutiennent plus la liberté positive que la liberté négative (P. PETTIT, « Libéralisme. Libéralisme et républicanisme », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 2, coll. « Quadrige. Dico Poche », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 827).

⁶⁰² J.-F. SPITZ, « Républicanisme et droits de l'Homme », *Le Débat*, 1997, vol. 5, n° 97, p. 49.

modernité définie en des termes exclusivement individualistes aux partisans archaïsants de sociétés moins ouvertes et plus structurées autour d'un idéal ancien de la vie bonne »⁶⁰³.

210. La neutralité de l'État n'est pas envisagée dans toutes les théories de la république. Pour P. Pettit, théoricien politique et défenseur contemporain du républicanisme, le républicanisme peut être appréhendé de deux manières : soit comme un « épisode du libéralisme », soit comme un « mouvement de pensée distinct du libéralisme »⁶⁰⁴. De fait, la neutralité dite « républicaine », quelle que soit son acception, ne s'envisage que dans une pensée républicaine rattachée au libéralisme⁶⁰⁵. L'exigence de neutralité, telle que les libéraux l'ont théorisée, ne revêt toutefois pas la même acception dans la pensée républicaine. Ainsi, si la neutralité républicaine comprend des spécificités par rapport à la neutralité libérale, elle doit s'entendre dans un contexte contemporain : la neutralité républicaine est spécifique, mais elle est nécessairement – dans une certaine mesure – libérale. Ce socle libéral, sur lequel sont construites les théories républicaines, correspond aux « principaux acquis de la raison politique moderne, dont les “républicains” et aujourd'hui les “républicanistes” ne sont pas à remettre directement en question, comme tels, les éléments qui le constituent »⁶⁰⁶. Dans son article « Republicanisme et modernité »⁶⁰⁷, A. Renaut analyse à quelle condition le républicanisme peut s'accommoder du socle libéral⁶⁰⁸. Il distingue trois types de « libéralisme républicain », c'est-à-dire de théories républicaines intégrant les acquis des démocraties libérales contemporaines : le « libéralisme républicain moral » que l'on trouve chez J.-J. Rousseau et qui se fonde sur l'éducation civique des individus, le « libéralisme républicain culturel » que l'on trouve notamment chez C. Taylor et M. Walzer et qui implique la valorisation du sentiment d'appartenance à la communauté, et le « libéralisme républicain politique », qui se fonde sur une participation plus active et plus démocratique au pouvoir. Pour A. Renaut, le libéralisme républicain politique s'accommode mieux au socle libéral que les autres. Dans *Libéralisme politique*, J. Rawls distingue, quant à lui, entre deux formes de républicanisme : le républicanisme classique et l'humanisme civique⁶⁰⁹. Si l'humanisme civique est incompatible

⁶⁰³ J.-F. SPITZ, « Les fondements intellectuels de la République en France », *Critique*, 2004, n° 4, p. 306.

⁶⁰⁴ P. PETTIT, « Libéralisme. Libéralisme et républicanisme », art. cit., p. 826.

⁶⁰⁵ Pour A. Renaut, le républicanisme est une critique *interne* au libéralisme politique, à l'instar de la critique de Tocqueville (A. RENAUT, « Republicanisme et modernité », art. cit.). Voir aussi, sur la pensée de Tocqueville et les piliers du libéralisme : S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., Chap. III. L'alternative républicaine.

⁶⁰⁶ S. MESURE et A. RENAUT, « La discussion républicaine du libéralisme moderne », art. cit., p. 319.

⁶⁰⁷ Il propose une analyse similaire dans *Alter ego* : S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., Chap. III. L'alternative républicaine.

⁶⁰⁸ A. RENAUT, « Republicanisme et modernité », art. cit.

⁶⁰⁹ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., pp. 250-251.

avec la neutralité de l'État en tant qu'il considère que la participation « à la vie politique d'une démocratie [est] le lieu privilégié de la vie bonne »⁶¹⁰, le républicanisme classique ne présente pas « d'opposition fondamentale » avec le libéralisme politique⁶¹¹. Le républicanisme classique, que J. Rawls identifie dans la pensée de Machiavel, n'est pas opposé à la neutralité car – s'il met l'accent sur les vertus politiques – il garantit les droits et libertés des citoyens. En particulier, il « ne présuppose aucune doctrine compréhensive, religieuse, philosophique ou morale »⁶¹².

211. L'étude de la neutralité républicaine est ainsi centrée sur le républicanisme qui partage avec le libéralisme « le présupposé selon lequel il est possible d'instaurer un État et une société viable, sur une base qui transcende bon nombre des divisions religieuses ou apparentées »⁶¹³. Une partie de la pensée républicaine défend une certaine acception de la neutralité de l'État. Tant le républicanisme français, qui plonge ses racines au siècle des Lumières, que le néo-républicanisme, se détachent du républicanisme des Anciens et intègrent les acquis du libéralisme. Sans renoncer au primat de la liberté individuelle, ils s'efforcent de concilier celle-ci avec la communauté politique.

212. Dans le républicanisme français d'abord, l'exigence de neutralité s'accommode de la liberté individuelle, tout en revêtant un contenu ambigu quant à l'articulation de celle-ci avec la morale républicaine (I).

213. Dans la pensée politique contemporaine, le courant néo-républicain – courant critique du libéralisme⁶¹⁴ – a proposé une approche du républicanisme plus respectueux de la neutralité libérale⁶¹⁵. Ce courant du républicanisme est également fondé sur un socle libéral, et

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 251.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 250.

⁶¹² *Ibid.*, pp. 250-251.

⁶¹³ P. PETTIT, *Républicanisme : une théorie de la liberté et du gouvernement*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 2004, p. 26.

⁶¹⁴ Sur la critique républicaine du libéralisme politique et le débat entre ces deux courants de pensée : S. CHAUVIER (dir.), *Libéralisme et républicanisme*, coll. « Cahiers de philosophie de l'Université de Caen », n° 34, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2000 ; A. RENAUT, *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?*, op. cit. ; J.-F. SPITZ, *La liberté politique : essai de généalogie conceptuelle*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1995 ; J.-F. SPITZ, « Le républicanisme, une troisième voie entre le libéralisme et la communautarisme ? », *Le Banquet*, 1995, pp. 215-238 ; A. PATTEN, « The republican critique of Liberalism », *British Journal of Political Science*, 1996, n° 26, pp. 25-44 ; T. CARRERE, *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, Montpellier, Université de Montpellier, 30 novembre 2017.

⁶¹⁵ Le néo-républicanisme est néanmoins un courant hétérogène, et les auteurs qui y sont affiliés ne sont pas tous en faveur de la neutralité. Chez J. Pocock par exemple, l'un des principaux auteurs néo-républicains, il n'y a pas de défense de la neutralité : au contraire, l'État peut et doit représenter une conception du Bien qu'il s'agirait d'inculquer aux individus. Il définit le républicanisme comme valorisant la liberté positive, et donc la vertu civique et le patriotisme, et l'oppose ainsi à la neutralité de l'État (J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, coll.

a la volonté de proposer une théorie de la République palliant les faiblesses du libéralisme, tout en conservant les acquis de la modernité (II).

I. La neutralité de l'État dans le républicanisme français

214. Le républicanisme français s'inscrit dans la continuité du républicanisme classique. Plongeant ses racines dans les Lumières et la Révolution française⁶¹⁶, il accorde au Bien commun, à la vertu et au patriotisme, une place centrale. Si la neutralité républicaine s'entend dans un contexte libéral, des traces de cette neutralité peuvent néanmoins être trouvées dans l'œuvre de J. Bodin et de N. Machiavel⁶¹⁷, mais aussi dans celle de J.-J. Rousseau, « référence inévitable des républicains français »⁶¹⁸, qui, sans parler encore de neutralité, entendaient fonder des théories politiques sur la mise à l'écart de la religion. La pensée de N. Machiavel, qui opère une « rupture historique »⁶¹⁹, est « moderne »⁶²⁰ en ce qu'elle distingue l'ordre profane de l'ordre religieux. La Cité, chez N. Machiavel, « n'obéit plus à un impératif moral supérieur », ce qui permet de franchir « un premier palier » dans le concept de neutralité libérale⁶²¹. Dans le même sens, le pouvoir temporel, chez J. Bodin, n'est pas fondé sur une raison spirituelle⁶²². Toutefois, il n'y a pas de primat de la liberté individuelle dans ces prémices de la neutralité. Chez J.-J. Rousseau, il y a également une mise à l'écart des considérations religieuses, une distinction entre la sphère publique et la sphère privée⁶²³. Il définit la république comme un régime visant le bien commun, mais celui-ci « n'exige pas [...] le sacrifice des individus »⁶²⁴. Toutefois, « la religion civile de la République »⁶²⁵, empreinte de valeurs, porte atteinte à la liberté individuelle, en ce qu'elle ne distingue pas entre le droit et la morale⁶²⁶. Le

« Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1998. ; S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., pp. 77-79).

⁶¹⁶ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France (1789-1924) : essai d'histoire critique*, coll. « Bibliothèque des histoires », Paris, Gallimard, 1982.

⁶¹⁷ S. AUDIER, « Machiavel, héritier du républicanisme classique ? », *Cahiers de philosophie de l'université de Caen*, 2000, n° 34, p. 9.

⁶¹⁸ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., p. 70.

⁶¹⁹ S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., p. 17.

⁶²⁰ J.G.A. POCKOCK, *Le moment machiavélien*, op. cit.

⁶²¹ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, coll. « Références », Paris, Presses de Sciences Po, 2016, p. 27.

⁶²² Voir *supra*, § 52 et s.

⁶²³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, F. Alcan, 1896.

⁶²⁴ S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., p. 34 et s.

⁶²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., Livre IV, Chap. VIII : De la religion civile.

⁶²⁶ Selon la définition donnée par J.-J. Rousseau, considéré comme son inventeur (sur ce point : B. BERNARDI, « Sur la genèse du concept de religion civile et sa place dans le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau », *Éthique, politique, religions*, 2016, n° 8, pp. 107-137), la religion civile correspond à « un code moral ou une espèce de profession de foi civile, qui contiennent positivement les maximes sociales que chacun serait tenu d'admettre, et négativement les maximes fanatiques qu'on serait tenu de rejeter, non comme impies, mais comme séditeuses. Ainsi toute religion qui pourrait s'accorder avec le Code serait admise ; toute religion qui ne s'y accorderait pas

Contrat social défend la nécessité d'effacer l'individu au profit du citoyen afin de créer la société : le citoyen, et non l'individu, est l'acteur du contrat social. L'individu se fond dans l'abstraction du citoyen pour créer une société égalitaire. Le citoyen doit *adhérer moralement* à la religion civile⁶²⁷. Cette indistinction entre la sphère du droit et celle de la morale, inhérente à la religion civile, limite la liberté individuelle et est intrinsèquement intolérante à l'égard des citoyens n'adhérant pas à la religion civile. La construction d'une collectivité politique se heurte donc à la morale inhérente à la religion civile.

215. Dès les origines du republicanisme, à la Révolution française, se trouve cette volonté de créer une société qui serait purement et uniquement *politique*. Les citoyens naissent et demeurent libres et égaux en droits⁶²⁸, et nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi⁶²⁹. Cette conception de la communauté fonde la neutralité de l'État⁶³⁰. C'est toutefois en particulier à l'aube de la III^e République que la pensée républicaine subit une « transformation considérable », car « puisqu'une république est instaurée, [le republicanisme cesse] d'être presque uniquement programmatique, pour ne pas dire utopique », et « [...] les conséquences d'un tel fait sur les doctrines et l'idéologie sont considérables » : avec sa concrétisation, la République est « restée ce qu'elle était sous les monarchies et sous l'Empire : la marque d'un parti, non d'une unanimité ; une foi et un idéal, non une réalité ; un contenu politique, social,

serait proscrite ; et chacun serait libre de n'en avoir point d'autre que le code lui-même » (Lettre de J.-J. Rousseau à Monsieur de Voltaire, le 18 août 1756, éditée en 1759, p. 55).

⁶²⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., pp. 231-234 : « Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'État quiconque ne les croit pas ; il peut le bannir, non comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les lois, la justice et d'immoler au besoin sa vie à son devoir. Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort ; il a commis le plus grand des crimes, il a menti devant les lois ».

⁶²⁸ Article 1^{er}, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁶²⁹ Article 10, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁶³⁰ H. PENA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, coll. « Folio actuel », n° 104, Paris, Gallimard, 2003, pp. 167-169 : « Traditionnellement, avant sa refonte révolutionnaire et républicaine, la nation se définit sur la base de références qui tendent à produire de l'exclusion : le droit du sang, la religion, voire des usages coutumiers qui peuvent envelopper des rapports de dépendance. Avec la Révolution française, la nation se redéfinit. Elle devient une communauté de citoyens, décidés à vivre ensemble selon des principes de droit qu'ils adoptent en tant que peuple souverain. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 met hors-jeu toute différence autre que celle du mérite, librement redéfinissable par l'effort de chacun. Elle proclame pour cela l'égalité de droit de tous les êtres humains. Et c'est à tous, simultanément, qu'est reconnue la liberté. La coexistence des libertés individuelles est organisée par la loi commune, qui s'abstient d'imposer toute exigence qui ne justifierait pas un tel souci. La sphère privée est ainsi libérée. Chacun choisit librement une religion ou une conception athée, une philosophie du bonheur et des valeurs personnelles. [...] Il faut donc qu'aucun choix particulier, en matière de religion ou de vie privée, ne soit privilégié par la loi commune. [...] Ce qui implique la neutralité confessionnelle de l'État, et son souci de mettre en valeur ce qui unit tous les hommes. ».

spirituel même, et non pas seulement une forme »⁶³¹. La neutralité républicaine apparaîtra alors véritablement dans la pensée républicaine française du XIX^e siècle et s'incarnera dans la laïcité, pilier du républicanisme français⁶³². La « foi » et le contenu « spirituel » de la République⁶³³ fondent la spécificité de la neutralité républicaine. Si le nouveau républicain a la volonté, comme le formule l'un de ses penseurs J. Barni, de se distinguer des démocraties antiques qui « sacrifiaient beaucoup trop l'individu à l'État »⁶³⁴, les démocraties modernes devant désormais « se fonder sur le respect du droit individuel et laisser à chacun le plein exercice de toutes ses facultés, en un mot toute sa liberté »⁶³⁵, la liberté individuelle n'est pas au cœur du républicanisme français, centré également autour de la vertu, du bien commun, et du patriotisme.

216. Les républicains du XIX^e siècle ont la volonté de protéger les droits naturels, à la première place desquels la liberté et l'égalité. La République doit garantir la liberté de conscience et la liberté individuelle, et le « devoir de tolérance », qui « consiste à n'imposer jamais ses sentiments par la force à respecter les convictions, les cultes, enfin la conscience de tous les hommes », est un devoir du citoyen⁶³⁶. La République n'a pas vocation à faire du citoyen « l'esclave de la communauté »⁶³⁷. Elle n'est pas légitime à utiliser la force pour porter atteinte aux droits naturels⁶³⁸ : c'est le premier devoir du gouvernement⁶³⁹. Le modèle républicain insiste sur l'idée de limite de la puissance publique et de respect des droits naturels. La liberté de conscience est envisagée comme un « droit sacré et inviolable »⁶⁴⁰ : l'État ne doit pas y porter atteinte⁶⁴¹. Les Républicains soutiennent par ailleurs la nécessité de séparer l'Église de l'État, car une « religion d'État n'est autre chose qu'un attentat à la liberté de conscience »⁶⁴². L'État ne doit alors pas être compétent sur les questions religieuses, qui relèvent de la liberté

⁶³¹ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France, op. cit.*, p. 61.

⁶³² Voir *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 2.

⁶³³ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France, op. cit.*, p. 61.

⁶³⁴ J. BARNI, *La morale dans la démocratie*, Paris; Londres; New-York, G. Baillière, 1868, p. 2.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 3.

⁶³⁶ C. RENOUVIER, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, Paris, Pagnerre, 1848, p. 12.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁶³⁸ J. BARNI, *La morale dans la démocratie, op. cit.*, p. 109 et s.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 141.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 154.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 156 : « Si l'État attente à la liberté de conscience en imposant aux citoyens une religion soi-disant révélée, ou seulement en interdisant à son égard le libre examen, il n'attenterait pas moins à ce droit en leur imposant un dogme philosophique, comme le vouloir Rousseau, et comme l'a fait la Convention à l'instigation de Robespierre, ou seulement en poursuivant à titre de délits des opinions contraires à une certaine philosophie regardée comme orthodoxe, comme nous le voyons faire chaque jour en certains pays qui prétendent marcher à la tête de la civilisation. ».

⁶⁴² *Ibid.*, p. 155.

de conscience. En ce sens, dans la pensée de J. Barni, la liberté individuelle est centrale, et la neutralité de l'État vise à la préserver⁶⁴³.

217. Dans la pensée républicaine française, la neutralité est au service de la République, car elle est envisagée comme un moyen de préserver l'unité sociale et les institutions républicaines. Pour cette raison, la neutralité républicaine est appréhendée différemment de la neutralité libérale : elle ne s'envisage pas comme un moyen de protection *contre* l'État, mais un moyen de protection *de* l'État *contre* ce qui menace son unité. La neutralité républicaine se justifie par le fait que le souci majeur de la République, communauté de citoyens, est l'unité sociale. La République valorise le citoyen au détriment de l'individu car la diversité des individus pourrait porter atteinte à la cohésion sociale. Ainsi, la neutralité, dans la pensée républicaine, est au service de l'unité :

« Pour les républicains, la première qualité de l'État est son unité, ou plutôt son unicité : comme la souveraineté, comme la République, comme la loi. [...] Mais l'unité juridique et territoriale, horizontale pour ainsi dire, exige aussi une unité d'une autre sorte, morale ou spirituelle : c'est la laïcité, ou, si l'on préfère, l'unité par l'absence de liens organiques entre l'État et toute religion établie ou non. »⁶⁴⁴

Dès lors que la République ne reconnaît que des citoyens, et non des individus particuliers distincts par leurs croyances et leurs opinions, elle s'incarne dans des institutions et des procédures neutres. Dans le républicanisme français, il n'y a donc qu'une identité politique aux yeux de l'État.

218. Malgré la protection de la liberté individuelle et de la liberté de conscience, et la défense de la neutralité de l'État à travers la séparation de l'Église et de l'État, la neutralité républicaine entre en conflit avec la morale républicaine. En effet, le renouveau républicain du XIX^e siècle place la *morale* – celle que « tout homme sent au fond de son cœur »⁶⁴⁵ – au cœur de sa pensée. Le républicanisme s'appuie alors explicitement sur une conception du bien en tant qu'il s'agit, avec la morale républicaine, du « perfectionnement de l'homme »⁶⁴⁶. Cette conception du bien est, par exemple, très explicite dans la pensée de C. Renouvier, qui explique que « pour qu'un homme fût complet selon sa nature », « [i]l faudrait que les affections de son cœur trouvassent pleine satisfaction dans la famille, dans la patrie et dans l'amitié ; il faudrait

⁶⁴³ S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., p. 58 et s.

⁶⁴⁴ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., pp. 445-448.

⁶⁴⁵ C. RENOUVIER, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 3.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

que son intelligence fût cultivée ; il faudrait enfin qu'il pût déployer son activité selon ses forces et ses dispositions naturelles »⁶⁴⁷. Le républicanisme est alors profondément perfectionniste en ce qu'il vise à ce que les citoyens atteignent le « vrai bonheur »⁶⁴⁸, et œuvre pour le « bien commun »⁶⁴⁹. La morale républicaine implique le « perfectionnement moral de soi-même »⁶⁵⁰. J. Barni – qui s'inscrit dans la philosophie kantienne – est l'un des principaux théoriciens de la morale républicaine. Il n'y pas, pour lui, « de véritable et solide démocratie » « sans la morale et sans les mœurs qu'elle exige »⁶⁵¹. La morale est « l'ensemble des *lois rationnelles* qui *doivent* gouverner nos mœurs, ou, en un seul mot, de nos *devoirs* » : ces devoirs doivent être enseignés par « la *science morale* », et « leur pratique désintéressée est la *moralité* même ou la *vertu* »⁶⁵². La morale est « l'indispensable soutien de la politique »⁶⁵³. Si J. Barni distingue entre la morale sociale et la morale individuelle, il considère que « [l]es vertus individuelles sont comme les racines des vertus sociales »⁶⁵⁴. La morale républicaine, chez C. Renouvier, est unique : elle est à la fois individuelle et collective⁶⁵⁵.

219. La morale est donc inhérente à la pensée républicaine⁶⁵⁶, mais la République ne peut imposer la morale par la force – bien qu'elle puisse le faire par la persuasion :

« [T]out ce qui dans la morale n'est pas *de droit*, appartient exclusivement au for intérieur, au domaine de la conscience. Que la politique, que la démocratie particulièrement soit intéressée à l'observation de ces devoirs qui ne regardent que la conscience, qu'elle en favorise même l'action, s'il est possible, par les moyens qui sont de son ressort, à la bonne heure ; mais elle n'a pas le droit de les imposer par la force dont elle dispose »⁶⁵⁷.

Chez les penseurs républicains, la morale doit être inculquée par l'éducation. L'instruction civique est centrale : J. Barni dira que la République est « l'institutrice du

⁶⁴⁷ *Ibid.*, pp. 3-4.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁵⁰ J. BARNI, *La morale dans la démocratie*, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 9.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁵⁵ C. RENOUVIER, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 7 : « Il n'y a pas deux morales, une pour l'homme pris à part, une autre pour la société de tous les hommes pris ensemble. Mais, ce qui est bien pour chacun est bien pour tous ».

⁶⁵⁶ La République *doit* se préoccuper de la morale pour la survie de la démocratie (J. BARNI, *La morale dans la démocratie*, *op. cit.*, p. 15 : « Il n'y aurait rien de plus funeste pour l'avenir des institutions que de regarder la morale comme une chose politiquement indifférente, comme une chose qui ne touche en rien à la politique et ne la regarde nullement »).

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 14.

peuple »⁶⁵⁸, et que l'éducation du peuple est « [l]a première base de tout édifice républicain »⁶⁵⁹. C. Renouvier, grand défenseur de la morale⁶⁶⁰, jouera un rôle fondamental dans la mise en place de l'instruction civique et laïque. En 1879, il publia le *Petit traité de morale à l'usage des écoles primaires laïques*⁶⁶¹ d'inspiration kantienne. Le rôle de l'école dans la transmission des valeurs républicaines – fondamental chez les républicains – est caractéristique de la morale républicaine, et entre en contradiction avec l'exigence de neutralité. L'institution civique traduit l'idée républicaine de la supériorité de certaines valeurs, difficilement compatible avec le primat de la liberté individuelle et la neutralité de l'État. Aussi, le rôle de l'école dans l'éducation au civisme et à la vertu ne répond donc pas à la logique libérale selon laquelle « l'éducation devrait avant tout être une éducation de l'intelligence, et non pas une éducation à la vertu » qu'implique la neutralité de l'État, l'État libéral « ne [pouvant] demander aux citoyens de faire preuve de telle ou telle qualité morale se rattachant à une certaine idée du bien, mais seulement d'obéir aux lois »⁶⁶².

220. La *vertu*, le Bien commun, le patriotisme⁶⁶³ sont des éléments centraux du républicanisme et de la morale républicaine. La posture républicaine va bien au-delà de la neutralité libérale en érigeant la vertu civique en valeur suprême : la vertu civique permet de transcender la diversité des opinions et des croyances. Le fait pluraliste est ainsi également au point de départ de la pensée républicaine, qui aboutit néanmoins à une neutralisation de l'individu pour que prime la conscience civique. Dans le républicanisme français, la neutralité de l'État est empreinte de valeurs : le citoyen français doit se conformer à la morale républicaine, qui prime sur les individus. Si la morale républicaine s'entend comme « neutre », au sens où elle ne repose sur aucune transcendance religieuse, elle se fonde toutefois sur « les principes communs de la raison, qui ne sont à l'État que parce qu'ils sont à tous »⁶⁶⁴. Il n'y a donc pas de neutralité morale dans le républicanisme français :

« [À] mesure que l'humanité grandit et que sa raison se fortifie, elle dégage les lois morales de [leur] enveloppe ; ou, si elle y reconnaît encore des *lois divines*, c'est parce que la raison même

⁶⁵⁸ J. BARNI, *Ce que doit être la République*, Amiens, Publication de l'Union républicaine de la Somme, 1872, p. 15.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁶⁶⁰ C. RENOUVIER, *Science de la morale*, Paris, Ladrangé, 1869.

⁶⁶¹ C. RENOUVIER, *Petit traité de morale : à l'usage des écoles primaires laïques*, coll. « Bibliothèque philosophique de l'éducation », Paris, INRP, 2003.

⁶⁶² S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁶³ Le patriotisme est, chez les Républicains, une « vertu plus haute que celle qui consisterait dans un respect purement négatif du droit commun » (J. BARNI, *La morale dans la démocratie*, *op. cit.*, p. 123).

⁶⁶⁴ M.-C. BLAIS, *Au principe de la République : le cas Renouvier*, coll. « Bibliothèque des idées », Paris, Gallimard, 2000, p. 319.

proclame leur autorité absolue. Un progrès s'est fait en ce sens dans l'antiquité avec l'aide des philosophes ; il s'est renouvelé dans les temps modernes par le moyen de la Réforme et de la philosophie, et il ira toujours grandissant à mesure que l'humanité elle-même se développera »⁶⁶⁵.

La morale républicaine, antithèse de la séparation du droit et de la morale, constitue ainsi « un clivage possible » avec le libéralisme politique⁶⁶⁶. Elle est une limite à la neutralité républicaine.

221. Ainsi, persiste une réelle ambiguïté sur le cadre de la neutralité dans la pensée républicaine. D'un côté, l'État est neutre à l'égard des différentes conceptions du bien – il ne favorise aucune religion ou morale particulière – mais de l'autre, il prône avec ferveur les « valeurs républicaines » qui fondent la République, ce qui a pour conséquence que l'État revêt une forte dimension axiologique. L'État, les citoyens doivent respecter la neutralité républicaine car elle seule permet à l'individu d'être citoyen. La neutralité républicaine est particulièrement ambiguë, notamment parce que la pensée républicaine ne renonce pas à la sacralité et à la transcendance, particulièrement à la transcendance du Bien commun⁶⁶⁷. Dès lors, le concept de « neutralité républicaine » est difficile à appréhender, car le républicanisme est holiste, et la morale républicaine revêt un contenu substantiel. Or, « un républicain moral (pour lequel la participation à la vie publique est une vertu à laquelle il appartient à l'État d'éduquer les consciences) ne saurait être véritablement libéral – ne serait-ce que dans la mesure où sa position impliquerait que l'État défendît expressément une conception du bien »⁶⁶⁸. Religion civile plus que posture neutre, la neutralité républicaine perd sa cohérence. En revêtant un contenu substantiel, la morale républicaine contredit l'exigence de neutralité. Or, la neutralité de l'État est fondée sur le primat de la liberté individuelle et valorise, en dernier ressort, la capacité de choix des individus : l'individu doit être libre de choisir sa conception du bien. Ce modèle de neutralité est largement critiqué puisqu'il reflète une conception du bien déterminée, qui empêcherait une réelle liberté dans le choix du mode de vie.

222. La neutralité républicaine se distingue ainsi de l'interprétation libérale de la neutralité. La neutralité républicaine commence à être défendue à la fin du XIX^e siècle, sous la Troisième République notamment, et aboutira, en 1905, à la loi de séparation des Églises et de

⁶⁶⁵ J. BARNI, *La morale dans la démocratie*, op. cit., p. 8.

⁶⁶⁶ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 156.

⁶⁶⁷ X. SOUVIGNET, « La neutralité comme idéologie », Colloque de la promotion 2014 de l'agrégation de droit public, Tours, 13 octobre 2016, disponible sur https://www.canal-u.tv/video/irji/xavier_souvignet_professeur_a_l_universite_de_grenoble_la_neutralite_comme_ideologie.26093.

⁶⁶⁸ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 164.

l'État. Dans ce républicanisme « à la française », l'idée phare est celle de la laïcité⁶⁶⁹. La neutralité républicaine étend le champ d'application de la neutralité libérale « hors de ses frontières habituelles »⁶⁷⁰, mais n'est pas complètement indépendante de la neutralité libérale. La traduction de la neutralité de l'État dans les démocraties contemporaines se trouve dans la distinction entre la sphère publique et la sphère privée. Or, le républicanisme ne remet pas en cause cette séparation, car le fait pluraliste est un acquis de la modernité et doit être pris en compte. Selon J.-F. Spitz, les républicains français, dès le début du XX^e siècle, ont adhéré à un républicanisme profondément individualiste. Il prend acte du fait qu'il est impossible pour une république moderne de concevoir une liberté politique qui subordonnerait les droits aux devoirs des individus⁶⁷¹. Il réfute les critiques traditionnelles du républicanisme français, qui voit dans cette pensée politique une pensée archaïque, et irrespectueuse de la diversité, c'est-à-dire une pensée profondément illibérale, défendant uniquement la liberté positive⁶⁷². Il considère que le républicanisme est « la véritable matrice de la réflexion européenne sur la liberté moderne, et que le libéralisme, avec l'accent qu'il met sur l'indépendance de l'individu et de la société civile par rapport à l'État, en est l'héritier qui, au demeurant, n'est pas fidèle aux valeurs centrales de la liberté des modernes »⁶⁷³. J.-F. Spitz, en défendant l'idée que la pensée républicaine est profondément individualiste, affirme que le républicanisme est définitivement moderne. Il s'inscrit dans la pensée néo-républicaine, dans laquelle la distance entre neutralité libérale et neutralité républicaine se réduit.

II. L'apport du nouveau républicain

223. La question de la neutralité de l'État au sein de la posture républicaine a majoritairement pris place dans le néo-républicanisme anglo-saxon, notamment dans l'œuvre de Q. Skinner⁶⁷⁴ et de P. Pettit⁶⁷⁵. Ces auteurs ont permis une nouvelle appréhension de la neutralité de l'État car, si leurs théories ont pour but de pallier les faiblesses du libéralisme,

⁶⁶⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 2.

⁶⁷⁰ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.

⁶⁷¹ J.-F. SPITZ, *La liberté politique*, *op. cit.*, pp. 127-128.

⁶⁷² J.-F. SPITZ, *Le moment républicain en France*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 2005, pp. 14-15.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁷⁴ Q. SKINNER, *La liberté avant le libéralisme*, coll. « Liber », Paris, Seuil, 2016 ; Q. SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, coll. « L'évolution de l'humanité », n° 38, Paris, Albin Michel, 2001 ; Q. SKINNER, « Sur la justice, le bien commun et la priorité de la liberté », art. cit. ; Q. SKINNER, « The Paradoxes of Political Liberty », in *The Tanner Lectures on Human Values: Volume 5, 1984*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, pp. 227-250 ; Q. SKINNER, « Un troisième concept de liberté au-delà d'Isaiah Berlin et du libéralisme anglais », *Actuel Marx*, 2002, vol. 2, n° 32, pp. 15-49.

⁶⁷⁵ P. PETTIT, « Libéralisme. Libéralisme et républicanisme », art. cit. ; P. PETTIT, *Républicanisme*, *op. cit.*

elles ne remettent pas en cause les acquis de la modernité, et notamment le fait pluraliste et le primat de la liberté individuelle. Elles tentent au contraire « d'élaborer une troisième voie » entre libéralisme et communautarisme, « entre les deux écueils associés à ces théories : le risque d'aliéner la liberté individuelle au nom d'une identité collective, et le risque de nier toute identité collective, au nom de la liberté individuelle »⁶⁷⁶. P. Pettit (A) et Q. Skinner (B), dont les travaux ont donné naissance « à une véritable "école républicaine" »⁶⁷⁷ ont défendu la possibilité d'un républicanisme respectueux de la neutralité et de la liberté individuelle.

A) La liberté comme non-domination dans la pensée de Philip Pettit

224. Dans *Républicanisme : une théorie de la liberté et du gouvernement*⁶⁷⁸, P. Pettit, « architecte le plus ambitieux » du renouveau républicain⁶⁷⁹, dresse une théorie du républicanisme avec pour élément central l'idéal de liberté comme non-domination. Sa théorie du républicanisme s'appuie sur les acquis libéraux des sociétés modernes. L'auteur lui-même qualifie son modèle de républicanisme de « moderne et inclusif », et précise qu'« il s'agit autrement dit d'un républicanisme qui partage avec le libéralisme qui naquit des travaux d'un Bentham ou d'un Paley l'idée que tous les êtres humains sont égaux et que, pour être envisageable, un idéal politique doit être un idéal pour tous »⁶⁸⁰. Sa proposition est celle d'une troisième voie entre la liberté négative et la liberté positive : celle de la liberté comme non-domination. La liberté positive supposant l'adhésion à une conception du bien, et la liberté négative, qui se définit par l'absence d'intervention de l'État, ne permettant pas d'aboutir à une situation de non-domination, il soutient l'existence d'une définition alternative de la liberté, qui pallierait à la fois les insuffisances de la liberté négative, tout en conservant les acquis de la modernité qu'une conception positive de la liberté renierait. La liberté individuelle se définirait avant tout comme l'absence de domination, et cette absence de domination ne peut être résumée à la non-ingérence :

« Mais si l'idéal républicain de liberté est centré sur la non-ingérence, comme l'idéal libéral, où se situe alors la différence entre les deux ? La réponse est que, tandis que les libéraux assimilent la liberté à l'absence d'ingérence, les républicains, eux, l'assimilent au

⁶⁷⁶ T. CARRERE, *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, op. cit., p. 224.

⁶⁷⁷ J.-F. SPITZ, *Philip Pettit : le républicanisme*, coll. « Le bien commun », Paris, Michalon, 2010, p. 8.

⁶⁷⁸ P. PETTIT, *Républicanisme*, op. cit.

⁶⁷⁹ C. LARMORE, « Républicanisme et libéralisme chez Philip Pettit », *Cahiers de philosophie de l'université de Caen*, 2000, n° 34, p. 115.

⁶⁸⁰ P. PETTIT, *Républicanisme*, op. cit., p. 346.

fait de ne pas être soumis à l'ingérence d'autrui selon son bon gré, au fait d'être mis à l'abri d'une telle ingérence. La liberté d'une personne, en ce sens, équivaut au fait qu'elle ne soit pas soumise au pouvoir qu'a autrui de lui faire du tort, au fait qu'elle ne soit pas dominée par autrui.

La liberté conçue comme absence de domination – en tant que sécurité contre l'ingérence arbitraire – est un idéal très différent de la liberté conçue comme simple non-ingérence. La domination est le type de relation qui unit, par exemple, le maître et l'esclave ou le maître et le domestique – c'est du moins ainsi que nous entendrons ici le sens de ce terme. Une telle relation signifie que la partie dominante a en quelque sorte la capacité de s'ingérer arbitrairement dans les choix de la partie dominée, d'intervenir dans ses activités sans devoir solliciter l'autorisation de quiconque et sans être passible d'une quelconque sanction – de s'immiscer à son gré et en toute impunité. »⁶⁸¹

La liberté comme non-domination se distingue de la liberté négative, car cette dernière n'implique pas nécessairement l'absence de domination, et la domination n'implique pas nécessairement l'interférence. P. Pettit défend la thèse selon laquelle toute la tradition républicaine est associée à cette idée de liberté comme non-domination, qui est un idéal de liberté politique et sociale⁶⁸².

225. La thèse de P. Pettit consiste donc à proposer une conception républicaine de la liberté qui non seulement, à la différence de la liberté positive de I. Berlin, ne reposerait pas sur une conception du bien, mais complèterait également les insuffisances de la non-ingérence⁶⁸³. Sa théorie de la liberté comme non-domination ne remet pas en cause la neutralité de l'État, et n'implique donc pas que le gouvernement incarne et défende une conception déterminée du bien :

« La proposition visant à faire de l'absence de domination un idéal suprême pour l'État éveillera des inquiétudes du type de celles que provoque le libéralisme ordinaire lorsqu'il invoque l'idéal de non-interférence ou une combinaison quelconque de non-interférence et d'autres valeurs en tant que bien politique suprême (...). A l'instar du projet libéral, notre proposition - notre proposition républicaine - est motivée par un présupposé : l'idéal en question est en mesure de susciter l'allégeance des citoyens appartenant à des sociétés développées, multiculturelles, indépendamment de leurs conceptions plus particulières du bien. Les communautaires opposeront à ce présupposé le fait que l'idéal de non-domination ne

⁶⁸¹ P. PETTIT, « Libéralisme. Libéralisme et républicanisme », art. cit., p. 828.

⁶⁸² P. PETTIT, *Républicanisme*, op. cit., Chap. I.

⁶⁸³ J.-F. SPITZ, *Philip Pettit*, op. cit., Chap. 2. De la liberté comme non-interférence à la liberté comme non-domination.

serait pas aussi neutre qu'il en a l'air - il serait, de manière caractéristique, occidental ou masculin, ou quoi que ce soit d'autre - et que, neutre ou non, il ne saurait être un mobile susceptible de conduire les individus à agir par-delà les frontières de la race, de la religion, du genre, etc. »⁶⁸⁴

Aussi, bien que la liberté républicaine soit « un idéal communautaire », « celui-ci est compatible avec les formes pluralistes modernes de la société »⁶⁸⁵. La théorie de la non-domination « reconnaît la validité de la liberté de choix et lui fait une place »⁶⁸⁶, s'inscrivant alors dans l'héritage libéral du primat de la liberté individuelle. La liberté comme non-domination vise à protéger l'individu de toute dépendance⁶⁸⁷.

226. Pour que la liberté comme domination soit effective, la vertu civique est indispensable. Les citoyens doivent participer à l'exercice du pouvoir : c'est une participation *effective* à la souveraineté qui empêcherait la domination du gouvernement. La vertu civique⁶⁸⁸, alors même qu'elle semble s'opposer au primat de la liberté individuelle et qu'elle est décriée – y compris chez les défenseurs du républicanisme⁶⁸⁹ – est donc bien présente dans le républicanisme de P. Pettit, car « si l'on veut que les lois républicaines aient une chance de prospérer, elles doivent être étayées par des habitudes de vertu civique »⁶⁹⁰, mais l'importance est moindre que dans le républicanisme classique⁶⁹¹. Son objectif est de défendre la vertu, tout en se détachant du républicanisme classique : la vertu est nécessaire à la liberté de l'individu, elle n'est pas une fin en soi⁶⁹². La vertu civique s'accommode donc du pluralisme axiologique

⁶⁸⁴ P. PETTIT, *Républicanisme*, op. cit., p. 130.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 29.

⁶⁸⁶ J.-F. SPITZ, *Philip Pettit*, op. cit., p. 70.

⁶⁸⁷ P. PETTIT, *Républicanisme*, op. cit., p. 35 et s.

⁶⁸⁸ La vertu civique comporte trois éléments : « Premièrement, l'autorité de la loi ne peut être une réalité dans une société où les citoyens la respectent pour elle-même, au lieu de chercher à la contourner ou de s'y plier par crainte des sanctions. Il faut aussi, pour que la loi ne se réduise pas à être l'instrument des volontés particulières, que les citoyens dans leur ensemble aient l'habitude de prendre une part active à la vie publique, y faisant entendre leurs propres intérêts. Enfin, ils doivent pratiquer une vigilance constante, pour guetter les concentrations excessives de pouvoir qui sont un danger perpétuel » (C. LARMORE, « Républicanisme et libéralisme chez Philip Pettit », art. cit., p. 118).

⁶⁸⁹ J.-F. Spitz, qui fait partie du renouveau républicain, a par exemple écrit que « la vertu n'a jamais donné lieu qu'à l'oppression du plus grand nombre par l'élite et le thème de la participation civique, toujours fantasmé dans les conditions modernes, ouvre la voie à toutes les répressions » (J.-F. SPITZ, « Originalité et pertinence contemporaine du langage politique républicain : une approche historiographique et analytique », *Raisons politiques*, 2009, vol. 4, n° 36, p. 149).

⁶⁹⁰ P. PETTIT, *Républicanisme*, op. cit., pp. 328-329.

⁶⁹¹ C. LARMORE, « Républicanisme et libéralisme chez Philip Pettit », art. cit., p. 118.

⁶⁹² Sur ce point : J. DUHAMEL, « Usages et mésusages de la vertu dans le républicanisme contemporain : Philip Pettit et la tentation perfectionniste », *Revue française de science politique*, 2015, vol. 65, n° 1, p. 5.

dans le républicanisme de P. Pettit⁶⁹³, son objectif étant de réconcilier le républicanisme et la neutralité de l'État à travers la liberté comme non-domination :

« À moins d'adhérer à quelque doctrine religieuse ou idéologique invitant à l'auto-mortification, les individus estimeront sans doute que leurs objectifs peuvent être atteints d'autant plus aisément qu'ils jouissent d'une situation de non-domination. Ils jugeront ces fins d'autant plus accessibles que ces dernières seront conçues et poursuivies dans ces conditions de pluralisme qu'offrent la plupart des démocraties développées et, bien entendu, le monde international dans son ensemble. La liberté comme non-domination ne consiste donc pas simplement en un bien instrumental, mais possède le statut - tout au moins dans les circonstances adéquates - d'un bien premier. »⁶⁹⁴

En assimilant la liberté comme non-domination à un « bien premier » au sens où l'entendait J. Rawls, P. Pettit évite de fonder sa théorie sur une métathéorie du Bien. La liberté comme non-domination est la valeur suprême, mais elle correspond en réalité à un bien premier.

227. Sa théorie du républicanisme a donc la particularité d'être une critique interne au libéralisme⁶⁹⁵. La liberté comme non-domination ne correspond pas au républicanisme français et à sa conception de la neutralité républicaine, mais elle ne correspond pas non plus à la neutralité libérale, qui se traduit par la non-ingérence. P. Pettit est le principal auteur à avoir tenté de réconcilier le républicanisme avec la neutralité axiologique de l'État. Sa théorie vise à articuler le primat de la liberté individuelle avec la participation à la communauté politique. Cette variante du républicanisme, respectueux du socle libéral, a également été défendue par Q. Skinner.

B) La liberté par le civisme dans la pensée de Quentin Skinner

228. Le républicanisme classique, comme le rappelle Q. Skinner, accorde la priorité au Bien commun : la liberté passe ainsi par la primauté du Bien commun par rapport aux biens individuels. Ainsi, les républicains classiques « maintiennent que, si nous souhaitons maximiser notre liberté, nous devons nous consacrer de bon cœur à une vie de service public, en plaçant l'idéal du bien commun au-dessus de toute considération d'avantage individuel »⁶⁹⁶. L'objectif

⁶⁹³ P. PETTIT, *Républicanisme*, op. cit., p. 130 : « À l'instar du projet libéral, notre proposition [...] est motivée par un présupposé : l'idéal en question est en mesure de susciter l'allégeance des citoyens appartenant à des sociétés développées, multiculturelles, indépendamment de leurs conceptions plus particulières du bien ».

⁶⁹⁴ *Ibid.*, pp. 123-124.

⁶⁹⁵ A. RENAUT, *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?*, op. cit., Chap. II. Corriger la trajectoire libérale.

⁶⁹⁶ Q. SKINNER, « Sur la justice, le bien commun et la priorité de la liberté », art. cit., p. 217.

de Q. Skinner est de réhabiliter l'importance de la vertu civique, sans toutefois voir dans la citoyenneté une communauté morale. Il considère que la voie possible entre le libéralisme contemporain et le républicanisme classique est celle de l'esprit civique. La théorie de Q. Skinner, développée en particulier dans *The paradoxes of political liberty*⁶⁹⁷, propose une troisième manière d'appréhender la liberté, au-delà de la distinction de I. Berlin. Il réfute donc la thèse de I. Berlin selon laquelle il n'y a que deux conceptions possibles de la liberté⁶⁹⁸. Pour lui, il y a une voie médiane qui rend compatible la liberté avec l'importance de la communauté. Sa conception de la liberté associe la liberté négative des libéraux à la défense de la nécessité de la vertu civique.

229. À l'instar de P. Pettit, la pensée de Q. Skinner ne remet pas en cause les acquis de la modernité. La liberté individuelle de chaque individu doit être assurée : en cela, il rejoint la liberté négative. Néanmoins, il défend l'idée selon laquelle, pour que la liberté individuelle soit effectivement assurée, la voie est la vertu civique. Il est nécessaire que les citoyens participent à la vie publique pour que l'État continue d'assurer de manière égale leur liberté individuelle des citoyens. La prise en charge de la sphère politique permet ainsi de pallier les risques de professionnalisation de la politique⁶⁹⁹.

230. Chez Q. Skinner, l'esprit civique n'est pas « une fin en soi », mais « un simple moyen au service de la liberté et de la sécurité individuelles »⁷⁰⁰. Ainsi, le civisme chez Q. Skinner n'implique pas une conception commune du bien qui serait supérieure. Il ne remet donc pas en cause la priorité du Juste sur le Bien. La théorie de Q. Skinner, bien qu'elle défende la nécessité de la vertu civique, s'accommode de la neutralité de l'État car l'auteur n'adhère pas à l'humanisme civique : la vertu civique a pour finalité le maintien des institutions républicaines⁷⁰¹. Mais cette finalité ne représente pas une conception du bien, elle est

⁶⁹⁷ Q. SKINNER, « The Paradoxes of Political Liberty », art. cit.

⁶⁹⁸ Q. SKINNER, « Un troisième concept de liberté au-delà d'Isaiah Berlin et du libéralisme anglais », art. cit.

⁶⁹⁹ Q. SKINNER, « Sur la justice, le bien commun et la priorité de la liberté », art. cit., pp. 225-226 : « La politique est une profession. Si les hommes politiques ne sont pas des personnes d'un exceptionnel altruisme, ils se trouveront toujours face à la tentation de prendre des décisions qui coïncident avec leurs propres intérêts et ceux de puissants groupes de pression plutôt qu'avec les intérêts de la communauté dans son ensemble. Face à cette situation difficile, l'argument républicain est porteur d'un avertissement. Et quoique nous puissions souhaiter écarter cet avertissement comme indûment pessimiste, nous pourrions difficilement nous permettre de l'ignorer dans la conjoncture présente : si nous n'agissons pas pour prévenir ce genre de corruption politique, en donnant aux devoirs civiques la priorité sur nos droits individuels, nous devons nous attendre à ce que nos droits individuels se trouvent eux-mêmes minés. ».

⁷⁰⁰ S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., p. 79.

⁷⁰¹ Q. SKINNER, « Sur la justice, le bien commun et la priorité de la liberté », art. cit., p. 223 : « Le seul chemin vers la liberté individuelle est celui du service public. ».

simplement la condition nécessaire au maintien des institutions, et donc de la liberté politique et du pluralisme :

« S'il convient de défendre les institutions républicaines, c'est seulement parce que, sans elles, le pluralisme devient impossible : sans elles, il est impossible aux citoyens d'être réellement libres et de poursuivre les valeurs qu'ils souhaitent poursuivre. »⁷⁰²

La vertu civique n'implique donc pas, dans sa version du républicanisme, une conception du bien, une « commune allégeance à une seule conception morale et culturelle »⁷⁰³. Dans la mesure où l'objectif est d'assurer la protection de la liberté individuelle, la pensée de Q. Skinner est compatible avec la tradition libérale, et s'apparente à un « libéralisme républicain »⁷⁰⁴. Cette version du républicanisme est ainsi compatible avec l'exigence de neutralité de l'État dès lors que l'obligation d'engagement civique est justifiée « par des considérations relatives à la réalisation des principes de justice et non pas une conception qui consacrerait la primauté d'un mode de vie politiquement engagé sur d'autres modes de vie orientés vers des activités privées »⁷⁰⁵.

231. Le néo-républicanisme compose avec la reconnaissance de la pluralité des opinions et des croyances. En cela, il se distingue du républicanisme français, plus proche du républicanisme classique, et se rapproche du républicanisme américain des fédéralistes, qui ont mis en œuvre un régime républicain d'inspiration libérale. Le républicanisme « américain » combine l'exigence d'unité du corps social et la volonté de ne pas contrevenir à la diversité⁷⁰⁶. Cette exigence se traduit par la devise *E pluribus Unum* – de la diversité nous sommes un. Les fédéralistes ont ainsi théorisé un républicanisme respectueux de la neutralité, empreint de valeurs « politiques » mais non plus de valeurs morales : les républicains américains s'éloignent en effet du républicanisme classique en ce qu'il n'attache pas autant d'importance à l'idée de vertu. Cette version du républicanisme préserve l'exigence de neutralité de l'État. Ce républicanisme d'inspiration libérale cumule l'exigence d'unité et le respect de la diversité⁷⁰⁷. Ainsi, la tentative néo-républicaine de conciliation du pluralisme et du républicanisme est dans la continuité des fédéralistes.

⁷⁰² J.-F. SPITZ, *La liberté politique*, op. cit., p. 166.

⁷⁰³ S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., p. 79.

⁷⁰⁴ A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS, *Libéraux et communautariens*, op. cit., pp. 250-251.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 251.

⁷⁰⁶ A. RENAUT, *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?*, op. cit.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, Chap. II. Une république libérale ?

232. Conclusion de section. La neutralité de l'État – dans son acception libérale ou républicaine – est indétachable de la liberté individuelle. Pour cette raison, la neutralité n'a pu être pensée qu'avec la modernité : les sociétés anciennes visant la vie bonne, qui déterminait les principes du Juste, ne pouvaient être neutres. L'importance donnée à la liberté individuelle permet de distinguer entre deux acceptions du concept : son versant libéral et son versant républicain. La neutralité républicaine, qui accorde une place centrale à la vertu civique et à la communauté politique, doit être distinguée de la neutralité libérale, tout entière orientée autour de l'individu et ses droits. La distinction entre ces deux idéaux-types perd toutefois de sa pertinence dans la pensée néo-républicaine, à mi-chemin entre l'acception libérale et l'acception républicaine de la neutralité.

CONCLUSION DU CHAPITRE

233. Le concept de neutralité de l'État doit être considéré comme limité dans un cadre non-neutre. Ce cadre a été conceptualisé à travers la distinction entre le Juste et le Bien : le Juste représente les méta-valeurs qui justifient et délimitent la neutralité de l'État vis-à-vis du Bien. Les individus sont libres des conceptions du bien à partir desquelles ils entendent vivre, dans les limites posées par le Juste. Contrairement à ce que pourrait suggérer le terme de neutralité, celui-ci n'implique donc pas une neutralité totale, une neutralité à l'égard de la morale, mais, de manière plus limitée, une neutralité à l'égard des différentes conceptions controversées du bien. Si la primauté du Juste sur le Bien a été largement critiquée pour ses ambiguïtés et difficultés internes, cette distinction permet néanmoins de déterminer les contours du concept de neutralité, et de comprendre le contenu moral qui lui est inhérent.

234. Le contenu moral de la neutralité de l'État est inhérent à sa finalité. La neutralité de l'État vise en effet, en dernier ressort, à garantir et valoriser la liberté individuelle, valeur matricielle des sociétés modernes. La neutralité de l'État est alors un moyen au service de la liberté individuelle. La neutralité étant un idéal moderne, elle ne prend sens qu'en l'envisageant au service des méta-valeurs libérales, à la première place desquelles se trouve la liberté individuelle. Le cadre de la neutralité reflète donc une morale minimale, une certaine idée du bien, qui permet d'assurer la cohésion sociale et le maintien de l'État. L'idéologie de la neutralité correspond donc au choix initial en faveur de la liberté individuelle, et prend sa forme politique dans l'État de droit.

CONCLUSION DU TITRE

235. L'État neutre, pour être légitime, ne doit pas agir sur le fondement d'une conception du bien particulière et controversée. La finalité de l'État est d'assurer la coexistence pacifique de différents systèmes de valeurs. Cette exigence est née de la pensée moderne : l'idée que l'État doit être neutre puise ses sources dans les théories de la tolérance et de la souveraineté de l'État. L'idée de neutralité provient ainsi, dans un premier temps, d'une nécessité de neutralisation des conflits idéologiques. La pensée des Modernes, qui voit naître le règne de l'individu et de ses droits, a naturellement abouti à la justification d'un État neutre, qui, seul, permet de garantir la liberté individuelle. Dans la vision des Modernes, la neutralité de l'État ne peut qu'être *négative* : pour respecter la liberté des individus, l'État doit *s'abstenir* d'agir. Cette dimension de retrait est au cœur des premières théorisations de la neutralité.

236. En elle-même, la neutralité a nécessairement un contenu indépassable qui se trouve dans sa propre idéologie. L'idéal de neutralité de l'État est ainsi un idéal limité, imparfait, car la neutralité de l'État vis-à-vis des conceptions du bien ferme nécessairement la porte à d'autres conceptions du bien : celles qui ne reconnaissent pas les valeurs libérales comme des valeurs suprêmes. Ce cadre est indispensable pour penser la neutralité de l'État, la neutralité totale ne pouvant aboutir qu'à sa négation, à l'instar d'une religion civile. Le cadre non-neutre de la neutralité complique l'appréhension du concept, et est responsable d'un malaise dans son appréhension et son application par les démocraties contemporaines.

Titre 2. La mise en pratique de la neutralité par abstention

« Le seul aspect de la conduite d'un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne les autres. Mais pour ce qui ne concerne que lui, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain. »

John Stuart Mill⁷⁰⁸

« [L]e succès du constitutionnalisme libéral est apparu comme la découverte d'une nouvelle possibilité sociale : la possibilité d'une société pluraliste relativement stable et harmonieuse. »

John Rawls⁷⁰⁹

237. La neutralité est née des guerres idéologiques, qui ont mis en lumière la nécessité pour l'État de se désengager des questions religieuses. Toutefois, la séparation entre la sphère religieuse et la sphère étatique n'implique pas nécessairement la neutralité de l'État. Le passage à la neutralité idéologique de l'État nécessite l'absence de *vision du monde* partagée. En effet, si certaines sociétés ont, dans leur histoire, séparé l'État de la religion, la neutralité idéologique n'en fût pas nécessairement la conséquence. La Constitution française de 1793, par exemple, opérait une séparation stricte entre l'Église et l'État, mais prônait le culte de l'Être suprême⁷¹⁰. De la même manière, les régimes communistes n'étaient pas neutres car ils reposaient sur une idéologie explicite à laquelle les citoyens devaient adhérer⁷¹¹. Dans ce type de régime, « la religion est expédiée, mais la prémisse de la nécessité d'une vision du monde demeure en

⁷⁰⁸ J.S. MILL, *De la liberté*, coll. « Folio Essais », n° 142, Paris, Gallimard, 1990, pp. 74-75.

⁷⁰⁹ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹⁰ A. AULARD, *Le Culte de la raison et le culte de l'Être suprême : 1793-1794 : essai historique*, coll. « Bibliothèque d'histoire contemporaine », Paris, F. Alcan, 1892.

⁷¹¹ L.-J. CONSTANTINESCO, « La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différente et la théorie des éléments déterminants », *Revue internationale de droit comparé*, 1973, vol. 25, n° 1, p. 10.

place »⁷¹². *A contrario*, l'exigence de neutralité implique, pour l'État, d'organiser la coexistence d'une pluralité de conceptions du bien, non pas autour d'une vision du monde partagée – religieuse ou idéologique – mais autour de principes garantissant la légitimité de l'État : sans neutralité, il n'y aurait pas de légitimité et l'État serait alors tyrannique.

238. La principale difficulté de l'étude de la neutralité provient de la distance entre la définition de la neutralité telle qu'elle a été pensée sur le plan théorique et ses manifestations dans les différents États libéraux. En effet, les difficultés soulevées par le concept de neutralité sont dues, en grande partie, au décalage entre la théorie – qui a été bâtie sur une base anti-perfectionniste – et la pratique, qui, par définition, n'est pas parfaite⁷¹³. Le malaise dans la neutralité s'explique donc par le fait que la définition donnée par la conceptualisation théorique de la neutralité de l'État est inductive, c'est-à-dire construite à partir du résultat que l'on souhaite établir⁷¹⁴, tandis que l'appréhension de l'exigence de neutralité par les États modernes s'est faite de manière progressive et que, par conséquent, la définition de la neutralité qui en ressort doit être stipulative, en tant qu'elle permet d'éprouver la pertinence d'une définition posée à partir des données du droit positif⁷¹⁵. La philosophie politique, ainsi que l'explique C. Audard, est une philosophie « en tension », car elle s'appuie d'un côté « sur des descriptions empiriques de situations réelles », et, de l'autre, elle « est une discipline normative qui a pour objet “les lois telles qu'elles devraient être” »⁷¹⁶. De fait, le concept de neutralité de l'État induit par le libéralisme politique, et la mise en œuvre de la neutralité par l'État moderne ne coïncident pas tout à fait.

239. À partir de la naissance de l'État moderne et des premières formes de tolérance civile, l'État s'est progressivement désengagé de la sphère du Bien, son rôle moderne étant uniquement relatif au Juste. Le fait pluraliste est au fondement même du besoin d'institutions neutres. Ce besoin a dans l'ensemble été pris en compte par la majorité des États libéraux, et cette exigence apparaît donc dans les constitutions – le constitutionnalisme libéral mettant l'accent sur la protection des individus et de leurs choix. Néanmoins, le respect du principe de neutralité est nécessairement imparfait car les États modernes ont dû adapter leurs institutions en raison de l'émergence progressive d'une pluralité de modes de vie, sans déterminer

⁷¹² J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 26.

⁷¹³ P. DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », art. cit., p. 251.

⁷¹⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ C. AUDARD, « Multiculturalisme et transformations de la citoyenneté », *Archives de Philosophie du Droit*, 2001, vol. 45, p. 230.

explicitement les contours de cette neutralité. La reconnaissance de droits naturels, théorisés par les libéraux du XVII^e siècle, s'est incarnée dans la proclamation des droits et libertés, qui ont pris la forme du cadre de la neutralité. C'est au niveau constitutionnel que le principe de neutralité prend toute son importance, en ce que la Constitution définit les valeurs fondamentales de l'État, et donc le cadre du Juste. Chaque État, chaque constitution repose sur un système de valeurs, et les « valeurs communes » des États sont fréquemment évoquées, à la fois dans les constitutions, mais aussi dans les discours politiques. Les valeurs contenues dans les constitutions « s'incarnent dans ce que l'on appellera à l'instar de la terminologie allemande les droits fondamentaux et de ce que l'on appelait en France les droits de l'Homme »⁷¹⁷. Le rôle de la Constitution dans l'appréhension et la mise en œuvre de l'idéal de neutralité est donc fondamental, car « la constitution moderne témoigne de l'apparition de la distinction entre l'État et la société civile ; si elle se borne à limiter le pouvoir de l'État, c'est parce que, selon le modèle individualiste-libéral, la société doit s'auto-gouverner et que la constitution doit justement être l'un des instruments juridiques permettant la réalisation de l'autonomie de la société et des initiatives individuelles »⁷¹⁸. Le droit constitutionnel a précisément été rendu nécessaire par le refus d'une vision du Bien partagée. Ainsi que le formule D. Baranger, « [i]l n'y avait pas de "droit constitutionnel" tant que l'on s'en remettait à la volonté divine, ou aux prescriptions de la nature, pour régler l'ordre politique »⁷¹⁹. De fait, dès lors que la neutralité est appréhendée comme projet, elle s'incarne dans le constitutionnalisme, qui vise « à poursuivre des finalités politiques concrètes »⁷²⁰. La constitution libérale « est l'ensemble des dispositions qui empêchent les détenteurs de l'autorité publique de porter atteinte à la liberté individuelle »⁷²¹ : elle est alors une « réponse *institutionnelle* au problème de la coexistence des libertés et de la violence étatique »⁷²². La Constitution s'est ainsi « substitu[ée] au fondement religieux du pouvoir politique »⁷²³. Il s'agira donc de s'intéresser à la réalité des démocraties

⁷¹⁷ B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, coll. « Forum », Paris, Lextenso, 2013, p. 9.

⁷¹⁸ O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, 2009, n° 3, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>.

⁷¹⁹ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2017, p. 3.

⁷²⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Sagittari Laterza, n° 167, Roma, Laterza, 2009., cité par C.-M. HERRERA, « Variations, évolutions, métamorphoses : Les significations du concept de constitutionnalisme », in *Variations, évolutions, métamorphoses. XVe Journée scientifiques pluridisciplinaires de Tours, les 7 et 8 juin 2012*, coll. « Les colloques de l'Institut universitaire de France », Saint-Étienne, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 2012, p. 362.

⁷²¹ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 71.

⁷²² C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 179.

⁷²³ *Ibid.*, p. 226.

contemporaines, et de s'attacher à analyser la manière dont le concept de neutralité de l'État s'est retranscrit dans la pratique, à travers une démarche d'identification des normes.

240. À partir du début de l'État moderne, s'est progressivement imposée l'idée selon laquelle l'État devait être neutre entre les différentes conceptions du bien, afin d'assurer la coexistence pacifique d'individus aux croyances distinctes. Cette idée de neutralité vise un idéal de paix, d'égalité et de liberté. Si l'égalité est la méta-valeur justifiant la neutralité, les différents modèles de neutralité n'assurent pas, dans la même mesure, cet idéal. L'appréhension du fait pluraliste n'est pas la même en fonction des pays. Schématiquement, il y a deux grands modèles⁷²⁴ :

« La posture libérale est celle qui, dans la logique du constat effectué lors des guerres de religion, avait conclu de l'impossibilité d'un accord durable sur les conceptions du bien à la neutralisation morale de l'État, limitant son pouvoir à assurer la coexistence sans heurts de telles conceptions sans en promouvoir lui-même une – ce pourquoi, dans cette optique notamment, l'éthique publique se réduit le plus possible à une éthique de procédure. La posture républicaine s'est enracinée en revanche dans la hantise que le pluralisme des religions et des morales ne fragilise à l'extrême, en même temps que la consistance du lien social, les chances de la paix civile – en sorte que seul un façonnement exigeant de la conscience civique, allant bien au-delà de l'acquisition d'une éthique procédurale, permettrait vraiment la coexistence des citoyens d'un peuple libre. »⁷²⁵

Ainsi, dans les pays à tradition libérale, l'importance de la liberté s'est traduite par une exigence de neutralité de l'État visant à protéger les droits de l'individu, tandis que dans les pays à tradition républicaine, en particulier dans le modèle français, c'est moins la liberté individuelle que l'unité de la République qui est mise en œuvre par la neutralité. La différence entre ces modèles s'explique par l'histoire : ainsi les pays protestants, qui n'ont pas eu à lutter contre l'Église catholique, ont davantage « cherché à protéger la pluralité religieuse, voire à protéger le religieux de l'oppression d'un pouvoir politique despotique »⁷²⁶. Les deux modèles sont ceux d'État libéraux, car l'État ne prend pas position sur l'une ou l'autre des conceptions du bien existant dans la société⁷²⁷, et se fonde sur la distinction entre la sphère publique et la

⁷²⁴ Sur l'existence de deux « modèles » : F. GAUTHIER, « Republicanisme vs Libéralisme. Les régimes de laïcité et leur mise à l'épreuve », art. cit. ; S. CHAUVIER (dir.), *Libéralisme et républicanisme*, op. cit. ; P. PETTIT, « Libéralisme. Libéralisme et républicanisme », art. cit. ; L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997 ; A. RENAUT, *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?*, op. cit.

⁷²⁵ A. RENAUT, *Quelle éthique pour nos démocraties*, op. cit., p. 86.

⁷²⁶ F. GAUTHIER, « Republicanisme vs Libéralisme. Les régimes de laïcité et leur mise à l'épreuve », art. cit., p. 273.

⁷²⁷ A. RENAUT, « Republicanisme et modernité », art. cit. ; A. RENAUT, *Quelle éthique pour nos démocraties*, op. cit. ; A. RENAUT, *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?*, op. cit.

sphère privée. Dans le modèle républicain comme dans le modèle libéral, la neutralité rencontre des limites dans sa propre idéologie, traduite dans les constitutions. L'État neutre est toujours fondé sur « son propre idéal moral [...] celui qui se trouve centré sur la protection de la diversité des convictions d'ordre privé »⁷²⁸. Les difficultés soulevées par les théoriciens sur l'ambiguïté du concept, et en particulier sur la distinction entre le Juste et le Bien, se retrouvent alors dans la pratique.

241. Si le « modèle libéral » et le « modèle républicain » sont des idéaux-types, qui n'existent pas parfaitement dans la réalité des régimes politiques, il est possible toutefois de dégager deux modèles, qui n'ont pas le même rapport à la liberté dans les conceptions de la vie bonne. Ainsi, dans le modèle libéral, la tolérance – puis la neutralité – « *visent à protéger le croyant, non à protéger les croyances* », tandis que dans le modèle républicain, « *seules certaines conceptions de la vie bonne sont dignes d'un être rationnel* »⁷²⁹. Dans le modèle libéral, la neutralité est procédurale : elle vise à articuler les différentes conceptions du bien dans le cadre de l'État de droit (**Chapitre 1**).

242. Le modèle républicain dépasse la seule procédure, et vise l'unité sociale par l'esprit civique. Dans le modèle républicain, les limites à la neutralité sont très différentes, car ce modèle est fondé sur « l'idéologie moniste et rationaliste des Lumières, pour laquelle la vérité n'est accessible que si l'on combat l'influence des religions, ce au nom de la croyance dans la supériorité de la science et du progrès contre l'obscurantisme religieux »⁷³⁰. Le modèle français de laïcité est l'exemple « type » du modèle républicain, car le républicanisme français a une conception particulière de la neutralité, qui ne se retrouve pas dans tous les régimes républicains, à l'instar des États-Unis qui, s'ils sont organisés en République, sont « *culturellement neutre comme ne peut l'être le républicanisme français* »⁷³¹. En France, la neutralité idéologique s'est incarnée dans la laïcité, qui revêt un contenu substantiel (**Chapitre 2**).

⁷²⁸ A. RENAUT, *Quelle éthique pour nos démocraties*, op. cit., pp. 46-47.

⁷²⁹ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., pp. 250-251.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 250.

⁷³¹ M. WALZER, *Traité sur la tolérance*, op. cit., p. 110.

Chapitre 1. La mise en œuvre libérale de la neutralité par abstention

« Cela ne me fait aucun tort que mon voisin affirme qu'il y a vingt dieux ou pas de Dieu. Quand il a parlé, j'ai toujours autant en poche et je n'ai pas la jambe cassée. »

Thomas Jefferson⁷³²

243. Parce que les États libéraux ont progressivement permis aux individus, par la reconnaissance des droits de l'Homme et l'instauration de l'État de droit, de poursuivre librement, de manière égale, leurs conceptions du bien et leurs modes de vie, ils ont mis en œuvre l'idéal de neutralité de l'État. Dans les pays à tradition libérale, la neutralité de l'État correspond à la protection des individus et à la garantie de leurs libertés. Contrairement au modèle républicain, la neutralité correspond à une exigence adressée à l'État – à sa structure de base et à sa constitution – en vue de protéger les *individus*. Toutefois, cette recherche de neutralité ne correspond pas à un principe explicitement identifié du droit positif. Il s'agit ainsi d'analyser la manière dont la distinction entre le Juste et le Bien se reflète dans la pratique des démocraties libérales contemporaines, et de montrer comment la neutralité a été envisagée à l'origine : de manière passive, à travers une exigence de non-intervention de l'État. Dans la pratique des États libéraux, le principe de neutralité est ambigu, pour plus raisons. D'abord, la mise en œuvre de la neutralité libérale est, à l'instar de la théorie de la neutralité, limitée. Les conceptions du bien auxquelles l'État assure la coexistence pacifique, afin de garantir l'égale liberté des individus, sont *raisonnables* : en cela, elles rencontrent des limites dans les droits et libertés. Cela implique qu'il existe toujours une éthique minimale garantissant l'unité et la pérennité de la société. Par conséquent, la neutralité de l'État est double. Elle est d'abord *idéologique* : l'État doit être neutre parce qu'il est juste qu'il soit neutre. L'idéologie de la neutralité est alors celle de l'État de droit : seul l'État neutre peut être légitime. La neutralité

⁷³² T. JEFFERSON, *Notes of the State of Virginia*, 1781, cité et traduit par J. BAUBEROT et M. MILOT, *Laïcités sans frontières*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 2011, p. 76.

est donc d'abord une idéologie, et, plus précisément, elle est une idéologie libérale. En cela, elle a un contenu *moral*. Elle est, ensuite, un *principe institutionnel* qui répond à cette idéologie : si le Juste a un contenu moral indépassable dans la croyance en la neutralité – rendue nécessaire par l'affirmation des droits et libertés – il vise aussi à délimiter le cadre de la neutralité. C'est l'instauration de l'État de droit qui permet la mise en œuvre de la neutralité (Section 1).

244. L'ambiguïté de la neutralité est également due à la difficulté d'appréhender sa sphère d'application. En effet, le principe porte sur une multitude d'objets : s'il est né de la tolérance civile et que la religion fut donc le premier objet de la neutralité, il n'a cessé de s'étendre, car la notion de religion en elle-même s'est élargie à l'ensemble des croyances. Il est, par ailleurs, mis en œuvre de différentes manières. Les premières formulations du principe de neutralité considéraient le principe de neutralité de manière passive, conformément à une exigence d'indifférence et de *non-intervention*. Par exemple, en matière religieuse, l'État ne doit pas intervenir par la contrainte pour imposer une religion – ou plus généralement une conception du bien – aux individus. L'État assure aussi sa neutralité en respectant l'*absence de discrimination* : les individus étant libres et égaux, l'État ne doit pas favoriser ou défavoriser un ou plusieurs individus en raison de leur couleur de peau, de leur sexe, de leur orientation religieuse, ou encore de leur opinion politique. Dans ces deux formes de mises en œuvre, l'exigence de neutralité adressée à l'État est celle du *retrait*, de l'*indifférence*. Par ailleurs, la neutralité est problématique parce qu'elle est incomplète. Si l'affirmation des droits et libertés est identifiable dans le temps dans les États et au niveau international, la formulation du principe de neutralité est parcellaire et progressive. L'État moderne impose des limites aux conceptions du bien, par de nombreuses interdictions qui ne peuvent pas toutes être justifiées de manière neutre. Il y a ainsi un malaise dans la neutralité : celui de la distance entre sa théorisation et sa pratique. L'État rattachée à une Église, ou encore les interdictions fondées sur des considérations morales sont autant de limites à la neutralité de l'État. Pour la plupart, elles sont le témoin de l'indistinction et de l'ambiguïté entre le Juste et le Bien, et donc de la difficulté de la sphère d'application de la neutralité (Section 2).

SECTION 1. L'ÉTAT DE DROIT, CADRE DE LA NEUTRALITE DANS LES DEMOCRATIES LIBERALES CONTEMPORAINES

245. L'État de droit, en tant que cadre de la neutralité, a une double importance. D'abord, il *fonde* le principe de neutralité : c'est la croyance dans le caractère juste de la neutralité qui justifie son existence. Le principe de neutralité de l'État a ainsi un contenu moral : celui de sa propre idéologie (§1). L'État de droit pose ensuite des *limites* à l'application de la neutralité : s'il n'est pas neutre, il dessine les contours de la neutralité (§2).

§1. L'idéologie de la neutralité

246. L'idéal de neutralité répond à l'idéologie des droits de l'Homme. Dans la pratique, la finalité de l'exigence de neutralité fut d'abord celle de la liberté individuelle, et le cadre de la neutralité s'est alors incarné dans l'État de droit. Sa finalité fut également, par la suite, celle de l'égalité et de la justice, dans la perspective théorisée par J. Rawls d'une articulation entre le libéralisme politique et la justice sociale. Ces finalités ne sont pas neutres, mais elles n'ont pas besoin de l'être – l'exigence de neutralité ne devant qu'être une priorité *morale* du Juste, et non une priorité *épistémologique*⁷³³. Le cadre défini par l'État de droit⁷³⁴ représente les méta-valeurs du Juste, à l'intérieur desquelles les conceptions du bien sont libres, dans la limite du raisonnable. Cela implique que l'État moderne ait effectivement un contenu moral minimal : tant l'idéologie de la liberté individuelle qui s'est affirmée en premier lieu dans les États libéraux (I), que la justice sociale (II), représentent des limites morales à la neutralité de l'État.

I. Le contenu moral de l'État de droit

247. Le concept d'État de droit intéresse directement l'exigence de neutralité de l'État et les méta-valeurs sur lesquelles celle-ci repose. L'État de droit met en œuvre, dans son sens substantiel, les principes du libéralisme politique et de la démocratie libérale. Dans son caractère le plus général, l'expression d'« État de droit » renvoie à une forme d'organisation politique et sociale : un type d'État dont « la finalité est l'égal partage des libertés entre les

⁷³³ Voir *supra*, § 137 et s.

⁷³⁴ D. ROUSSEAU, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », in *Mélanges Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 885-894.

membres de la collectivité »⁷³⁵. Si l'expression peut également renvoyer à une notion de droit positif⁷³⁶, c'est en particulier à l'État de droit comme « notion politique normative » qu'il convient de s'intéresser dans le cadre des méta-valeurs de la neutralité : en ce sens, l'État de droit « fonctionne comme un idéal, un but à atteindre : c'est une *idée* de l'État »⁷³⁷. En effet, si la neutralité de l'État résulte d'un choix initial en faveur de la liberté individuelle, celui-ci s'incarne dans l'État de droit. Au-delà de ses différentes fonctions, l'expression d'État de droit varie également dans son contenu. Schématiquement, il y a deux sens à l'expression : l'État de droit formel et l'État de droit substantiel ou matériel⁷³⁸. Au sens formel, l'État de droit est un « État qui est assujetti au droit »⁷³⁹. Dans cette acception, l'État de droit n'a d'exigences que formelles : l'État est assujetti au droit, sous le contrôle du juge⁷⁴⁰. Au sens substantiel, c'est un État « dont le droit comporte certains attributs intrinsèques »⁷⁴¹, il inclut alors la prise en compte du *contenu* des règles juridiques. Ainsi, l'État de droit substantiel doit contenir un certain nombre de valeurs et de principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation politique⁷⁴². L'État de droit revêt donc différentes dimensions : il est à la fois « une forme – l'activité des organes de l'État est encadrée juridiquement sous le contrôle du juge – , une substance – le

⁷³⁵ O. JOUANJAN, « État de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 649.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 650.

⁷³⁸ Cette distinction reste toutefois schématique : J. Chevallier, par exemple, distingue trois sens à l'expression, en ajoutant l'État de droit « instrumental », qui est un « État qui agit au moyen du droit » (J. CHEVALLIER, « Les aspects idéologiques de l'État de droit », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *L'État de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 70).

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ Au sens formel le plus strict, développé en particulier par H. Kelsen, l'expression d'État de droit est un pléonasme (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, coll. « La pensée juridique », Paris - Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999, p. 304). Dans son article « Le concept d'État de droit » dans lequel il analyse la polysémie de l'expression (M. TROPER, « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, vol. 15, p. 51), M. Troper rejoint la conclusion de H. Kelsen. L'expression « État de droit », renvoie selon lui à deux types de relations entre l'État et de droit. Dans le premier cas, l'État est soumis à un droit qui lui serait extérieur, et dans le second, l'État de droit est un État qui agit au moyen du droit. Il exclut le premier type de relation, qui est impossible : pour M. Troper, l'État ne peut être soumis à un droit qui lui serait extérieur. Il arrive à la conclusion que l'État de droit n'est jamais une garantie de la liberté, contrairement à l'idée à laquelle il est attaché : quel que soit le sens que l'on lui donne, ni la liberté individuelle, ni la liberté politique n'est réellement assurée par l'État de droit. En continuité avec la pensée de H. Kelsen, il en conclut que l'expression d'État de droit est un pléonasme, car dès lors que l'expression ne peut désigner qu'un système de normes hiérarchisées, tous les États sont des États de droit. Le cœur de cette acception formelle de l'État de droit est le contrôle du juge, et en particulier, le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, l'État de droit formel n'a pas de finalité : il n'obéit pas à un idéal à atteindre. Tout État est un État de droit. Ce sens formel le plus strict ne correspond pas à la conception majoritaire.

⁷⁴¹ J. CHEVALLIER, « Les aspects idéologiques de l'État de droit », art. cit., p. 70.

⁷⁴² Dans son article définissant l'État de droit, O. Jouanjan propose une synthèse des principes qui doivent être garanties par la norme constitutionnelle dans l'État de droit matériel : « principe de primauté de la constitution et de sa garantie juridictionnelle, soumission de l'administration et de la justice à la loi et au droit, réserve de loi qui interdit à l'exécutif d'agir sans une base législative suffisante, principe d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, sécurité juridique (et ses corollaires : précision et clarté des normes, protection de la confiance légitime, principe de non-rétroactivité), responsabilité de la puissance publique, principe de proportionnalité, droit au recours et garanties procédurales » (O. JOUANJAN, « État de droit », art. cit., p. 650).

contenu du droit échappe pour l'essentiel à la volonté politique – et un but – chacun doit jouir d'une sécurité juridique lui permettant de vivre librement »⁷⁴³. Pour C. Audard, l'État de droit signifie que « l'État lui-même doit se soumettre au droit, cette soumission prenant la forme d'un engagement à respecter les droits fondamentaux, ce qu'on appelle les droits de l'homme »⁷⁴⁴. L'État de droit revêt donc différents sens, mais de manière générale, « la théorie de l'État de droit s'est épanouie sur un certain terrain idéologique, enracinée dans une certaine réalité sociale et politique »⁷⁴⁵. À partir de la Seconde Guerre mondiale, l'État de droit acquiert explicitement un contenu substantiel avec la constitutionnalisation des droits et libertés fondamentaux⁷⁴⁶. À partir de là, l'État de droit va être « entendu comme impliquant l'adhésion à un ensemble de *principes* et de *valeurs* qui bénéficieront d'une consécration juridique explicite et seront assortis de mécanismes de garantie appropriés ; la conception formelle se trouve dès lors relayée par une conception matérielle ou substantielle, qui l'englobe et la dépasse : la hiérarchie des normes devient elle-même une des composantes de l'État de droit substantiel »⁷⁴⁷. Cet ensemble de principes et de valeurs est protégé par la reconnaissance des droits fondamentaux, qui correspondent au principal aspect de l'État de droit substantiel⁷⁴⁸.

248. Les prémices de la neutralité se trouvent dans l'affirmation de l'universalité des droits et libertés, au premier rang desquelles se trouve la liberté individuelle. La neutralité est, de fait, un *choix en faveur de la liberté individuelle*⁷⁴⁹. À l'aube de l'État moderne, la défense du primat de la liberté individuelle et de la nécessité d'une neutralité idéologique de l'État s'est incarnée en premier lieu par les déclarations de droits visant à limiter le pouvoir de l'État afin de préserver la liberté des individus⁷⁵⁰. Au sens large, la liberté individuelle englobe la liberté de conscience et de religion. Celle-ci est protégée, dans les premières déclarations de droits, par l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui est ainsi « l'aboutissement des théories et politiques de tolérance civile car l'État renonce à légiférer positivement en matière religieuse »⁷⁵¹. La Déclaration indique, en son préambule, que la reconnaissance des droits naturels est tournée vers le « bonheur de tous ». En Angleterre, la « Glorieuse Révolution » de 1688-1689 a mené au *Toleration Act* de 1688, qui reconnaît la

⁷⁴³ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 58.

⁷⁴⁴ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 186.

⁷⁴⁵ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, coll. « Clefs. Politique », Paris, Montchrestien, 2010, p. 50.

⁷⁴⁶ J. CHEVALLIER, « Les aspects idéologiques de l'État de droit », art. cit., p. 73.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Voir *supra*, § 198 et s.

⁷⁵⁰ Voir *supra*, § 189 et s.

⁷⁵¹ É. LABROUSSE, « Tolérance », art. cit., p. 816.

liberté de cultes aux protestants non conformiste, et au *Bill of Rights* de 1689. Pour la plupart des auteurs, parce qu'il met un terme à la souveraineté absolue du monarque, le *Bill of Rights* marque « la naissance de l'État de droit, de l'État soumis aux lois »⁷⁵². Aux États-Unis, la Déclaration d'indépendance de 1776 proclame que la liberté et la recherche du bonheur sont des droits inaliénables, et que les gouvernements doivent les garantir, consacrant ainsi le droit pour chaque individu de poursuivre sa conception du bien. Peu de temps après, la Constitution de 1787 fonde le libéralisme politique, et sera rapidement complétée par les amendements garantissant les droits et libertés fondamentales, parmi lesquelles la liberté religieuse et la liberté individuelle. L'article 16 de la Déclaration de Virginie proclame, dans sa version de 1791, le droit à la liberté religieuse, et non plus uniquement à la tolérance religieuse, devenant par-là « la première proclamation du droit à la liberté religieuse »⁷⁵³ : « La religion, ou le devoir que nous devons à notre Créateur, comme la manière de nous en acquitter, ne peuvent être déterminés que par la raison et les convictions [de chacun], jamais par la force ou la violence ; d'où il suit que tous les hommes ont également droit à exercer librement leur religion selon ce que leur dicte leur conscience ; et qu'il est du devoir de chacun de pratiquer la tolérance chrétienne, l'amour et la charité les uns envers les autres ». Les déclarations de droits, apparus aux XVII^e-XVIII^e siècles, représentent un choix de *valeurs*. Elles résultent, en dernier ressort, d'un choix en faveur de l'*idéologie* de liberté – et de la neutralité. Ce choix initial en faveur de l'égalité, qui nécessite la neutralité de l'État, s'est progressivement incarné dans l'État de droit. Les droits et libertés fondamentaux correspondent au contenu moral de l'État de droit, cadre de la neutralité.

249. Les méta-valeurs de la neutralité sont mises en œuvre par l'affirmation de l'État de droit dans les États contemporains, en particulier après la Seconde Guerre mondiale. Au niveau constitutionnel, c'est effectivement en particulier la Seconde Guerre mondiale qui a mené à la constitutionnalisation des droits fondamentaux, à l'instar de la Loi fondamentale allemande de 1949 ou de la Constitution française de 1946 – dans le cas de la France, toutefois, c'est surtout à partir de 1971 et de la création du bloc de constitutionnalité que l'État de droit substantiel s'incarne dans le réel. Au niveau international, la liberté de conscience et de religion est protégée par l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 18 du Pacte international relatif aux

⁷⁵² C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société, op. cit.*, p. 184.

⁷⁵³ É. ZOLLER, « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste », in É. ZOLLER (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, coll. « Thèmes & commentaires Actes », Paris, Dalloz, 2005, p. 9.

droits civils et politiques, l'article 12 de la Convention américaine des droits de l'Homme et des peuples ou encore par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans sa première affaire relative à la liberté religieuse, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention » et qu'elle « figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents » ; ce pluralisme existant au sein de la société et garanti par l'État « consubstantiel à pareille société » fut « chèrement conquis au cours des siècles »⁷⁵⁴. En somme, elle souligne l'importance d'un cadre dans lequel coexistent librement une pluralité de conceptions du bien.

250. L'instauration de l'État de droit répond à l'idéologie de la liberté, et n'est donc pas neutre sur le plan des valeurs. Toutefois, ce contenu moral est compatible avec l'idéal de neutralité car celui-ci n'implique pas que les méta-valeurs soient neutres. L'État de droit permet, en effet, de délimiter le pouvoir de contrainte de l'État et de définir un certain nombre de droits et libertés afin de protéger les individus de l'immixtion de l'État. En ce sens, il doit être compris comme un outil au service de la protection de l'égale liberté, et présente donc, quelle que soit la manière de l'appréhender, un soubassement libéral. Si cette garantie de la liberté par l'État de droit est devenue particulièrement visible avec la constitutionnalisation des droits fondamentaux, l'idéologie libérale de l'État de droit remonte aux origines du concept. En effet, au moment de son apparition, le concept d'État de droit fut d'abord un concept libéral⁷⁵⁵. L'État de droit, comme le suggère J. Chevallier⁷⁵⁶, est indissociable de la modernité et notamment de l'essor du libéralisme. Il est alors le fruit de la pensée libérale, sans laquelle il n'aurait pu être pensé. La théorie de l'État de droit, pour J. Chevallier, « est liée à un ensemble de représentation et de valeurs, forgées au fil de l'histoire des pays européens, qui constituent ses conditions de possibilité : elle repose sur une conception du pouvoir et des libertés individuelles qui a prévalu en France à partir de la Révolution française »⁷⁵⁷. L'État de droit serait alors indissociable de la pensée libérale, car c'est précisément celle-ci qui a permis de penser le concept. C'est en particulier dans son sens matériel ou substantiel, qui est le plus commun dans la pensée juridique et politique, que le soubassement libéral du concept d'État de

⁷⁵⁴ CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, req. n°14307/88, § 31.

⁷⁵⁵ O. JOUANJAN, « État de droit », art. cit., p. 650.

⁷⁵⁶ J. CHEVALLIER, « Les aspects idéologiques de l'État de droit », art. cit.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 71.

droit est le plus visible. L'État de droit substantiel, qui met en œuvre les principes du libéralisme politique, est devenu une « contrainte axiologique s'imposant à tout État »⁷⁵⁸. Les droits de l'Homme, garantis par l'État de droit, sont des « valeurs *constitutives* » des démocraties contemporaines qui « leur procurent leurs fondements et leurs finalités »⁷⁵⁹. Ces valeurs ne peuvent pas être considérées comme neutres : directement ou indirectement, elles reflètent une conception du bien déterminée, et en l'occurrence, elles reflètent des valeurs propres aux systèmes libéraux. Comme le relève D. Rousseau, l'État de droit est, traditionnellement, l'État qui protège les droits-libertés et donc l'individu : il devient alors la « garantie de la liberté de l'individu »⁷⁶⁰. L'idée sous-jacente à l'État de droit est donc la valorisation de l'individu, et ce qu'elle implique : la limitation de l'État. Il y a donc un soubassement libéral à l'État de droit, car l'un « des postulats majeurs de l'État de droit est l'autonomie des sujets de droit et la protection de cette autonomie contre les interventions excessives ou arbitraires de la puissance publique »⁷⁶¹. C'est donc la méfiance envers l'État qui sert de support à la théorie de l'État de droit. C'est ce soubassement libéral qui, pour J. Chevallier, donne tout son sens à la théorie de l'État de droit⁷⁶².

251. Du fait du soubassement libéral sur lequel il repose, l'État de droit correspond aux méta-valeurs de la neutralité. L'État de droit, comme la neutralité qu'il met en œuvre, repose sur des méta-valeurs car il met en œuvre l'idéologie libérale. La valorisation de l'égale liberté n'est pas un choix neutre, car toutes les sociétés ne valorisent pas par-dessus ces valeurs. L'axiome libéral se trouve dans la valorisation de l'individu par rapport au groupe social, à la communauté. Ce choix non-neutre exclut d'emblée les sociétés fermées, les sociétés holistes, et correspond à la valorisation de ce que K. Popper appelle « la société ouverte »⁷⁶³. Dès lors, le cadre de la neutralité rencontre nécessairement ses limites dans l'idéologie libérale propre à l'État de droit, car valoriser et garantir la liberté individuelle par la mise en place de l'État de droit revient à renoncer à d'autres valeurs :

« La liberté est devenue la valeur suprême et incontestée de la civilisation occidentale, et elle est perçue comme la valeur œcuménique par excellence. Cette suprématie est cependant loin

⁷⁵⁸ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 117.

⁷⁵⁹ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 19.

⁷⁶⁰ D. ROUSSEAU, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », art. cit., p. 886.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 891.

⁷⁶² J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 50.

⁷⁶³ La notion de « société ouverte » a été popularisée par K. Popper et se définit comme « celle où les individus sont confrontés à des décisions personnelles », par opposition à la société close, qui correspond à « la société magique ou tribale » (K.R. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, 1, coll. « Points Essais », n° 852, Paris, Points, 2018, p. 199).

d'être universelle. Dans d'autres temps et/ou dans d'autres lieux, d'autres valeurs la dépassent : la gloire, l'honneur, le pouvoir, la piété filiale, la bravoure militaire et guerrière, l'harmonie du ciel et de la terre, la patrie, ou encore la justice. »⁷⁶⁴

Les méta-valeurs de la neutralité correspondent à l'idéal de la société ouverte, à l'idéal de la Modernité, et l'État de droit est indispensable à leurs garanties. Pour C. M. Herrera, le concept d'État de droit sert à « légitimer l'idéologie du libéralisme »⁷⁶⁵. L'État de droit prend parti pour la société ouverte et la possibilité pour les individus de prendre des décisions personnelles :

« Dans une société ouverte, le pluralisme culturel ne peut se concevoir qu'enraciné dans un terreau culturel libéral homogène de base et réglé par une méta-éthique renforcée qui en contient les tendances centrifuges. Une culture tribale offensive ne peut y être tolérée : cette nouvelle limite de la tolérance libérale dessine aussi celle du pluralisme libéral. »⁷⁶⁶

Les droits de l'Homme représentent l'éthique minimale des sociétés contemporaines, et doivent ainsi être considérés comme le cadre du Juste. Néanmoins, si les valeurs principielles correspondent effectivement à un choix de valeurs, celles-ci peuvent néanmoins être appréhendées, non pas comme une conception du bien, mais – conformément à la vision de J. Habermas⁷⁶⁷ – à des principes procéduraux. De même, pour A. Renaut, les valeurs principielles « ne constituent pas par elles-mêmes les éléments d'une conception commune du bien à laquelle nous aurions adhéré, sur le mode où nous pouvons nous reconnaître comme ayant adhéré aux valeurs issues d'un héritage culturel, national ou propre à un groupe structuré par une tradition religieuse, même laïcisée » car chacune des libertés fondamentales n'est « que la représentation d'une procédure qui évite de récuser *a priori* que le peuple souverain soit l'ensemble des citoyens », donc ces valeurs principielles « correspondent, non aux éléments d'une conception du bien, mais aux procédures sans lesquelles les uns ne traiteraient pas les autres de façon juste au seul regard de leur commune appartenance au peuple souverain »⁷⁶⁸. Quelle que soit la manière de les appréhender, les droits de l'Homme correspondent au cadre de la neutralité : ils *nécessitent* la neutralité de l'État.

⁷⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., pp. 21-22.

⁷⁶⁵ C.-M. HERRERA, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la société*, 1994, vol. 113, n° 3, p. 103.

⁷⁶⁶ A. LAURENT, *La philosophie libérale*, op. cit., p. 305.

⁷⁶⁷ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, coll. « NRF Essais », Paris, Gallimard, 1997.

⁷⁶⁸ A. RENAUT, *Quelle éthique pour nos démocraties*, op. cit., p. 70 et s.

II. Le contenu moral de la justice sociale

252. La question de la justice et des inégalités socio-économiques n'est pas celle de l'État de droit moderne, « l'urgence de la lutte contre la monarchie absolue » ayant été prioritaire⁷⁶⁹. La redéfinition du libéralisme dans la *Théorie de la justice* par J. Rawls inclut les problématiques relatives à la justice sociale dans une perspective égalitaire – au cœur de la critique marxiste du libéralisme classique. Cette dernière portait sur la neutralité bourgeoise : le libéralisme ne serait pas neutre car les libertés individuelles seraient uniquement celles de l'homme propriétaire. La critique marxiste du libéralisme⁷⁷⁰ et de la neutralité bourgeoise a conduit à une conciliation entre la neutralité et la justice sociale chez les libéraux « neutralistes ». Cette conciliation est ainsi au cœur de la théorie de J. Rawls⁷⁷¹, de B. Ackerman et leurs contemporains, qui avaient la volonté d'inclure les principes de justice sociale au sein du libéralisme, et au sein de la neutralité. Si la critique marxiste a fait évoluer le cadre de la neutralité, en ce qu'elle a conduit au développement et à la reconnaissance de droits-créances nécessitant l'intervention de l'État, cette critique a été prise en compte dans la théorisation de la neutralité par les libéraux neutralistes, et les principes de justice sociale sont alors inclus dans le cadre du Juste et ne sont pas concernées par l'exigence de neutralité. Ainsi, J. Rawls inclut, dans sa formulation du principe de la justice, le principe selon lequel « les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous »⁷⁷². Le cœur de la théorie de J. Rawls est précisément d'intégrer les biens économiques et sociaux dans le cadre du Juste :

« Toutes les valeurs sociales – liberté et possibilités offertes à l'individu, revenus et richesse ainsi que les bases sociales du respect de soi-même – doivent être réparties également à moins qu'une répartition inégale de l'une ou de toutes ces valeurs ne soit à l'avantage de chacun. »⁷⁷³

Les biens sociaux font partie des « biens premiers », essentiels à la réalisation des conceptions particulières du bien⁷⁷⁴. Ainsi, si les principes de justice sociale sont des limites

⁷⁶⁹ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 184.

⁷⁷⁰ S. PETRUCCIANI, *Marx critique du libéralisme*, coll. « Philosophie et société », n° 10, Sesto San Giovanni, Mimésis, 2018.

⁷⁷¹ C. AUDARD, R. BOUDON et J.-P. DUPUY, *Individu et justice sociale : autour de John Rawls*, coll. « Points Politique », Paris, Seuil, 1988.

⁷⁷² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 91.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 93.

⁷⁷⁴ J. RAWLS, « Unité sociale et biens premiers », art. cit., p. 12.

morales au principe de neutralité, ils sont inclus dans le cadre du Juste : il est juste que l'État prenne en compte les inégalités socio-économiques. Intégrés au cadre de la justice, les biens économiques et sociaux sont exclus de la sphère d'application de la neutralité, conformément à la priorité du Juste sur le Bien.

253. Toutefois, pour plusieurs auteurs, l'intervention que suppose la reconnaissance de principes de justice distributive va à l'encontre du principe de neutralité. Pour R. Nozick par exemple, la justice sociale va à l'encontre du principe de non-intervention de l'État libéral : le terme même de « justice distributive », de « distribution » « suggère à la plupart des gens que quelque chose ou qu'un mécanisme utilise un principe ou un critère de façon à fournir un certain nombre de choses », c'est pourquoi le fait d'étendre le rôle de l'État à la préservation de la justice sociale va à l'encontre du principe de non-intervention de l'État libéral, et donc de la neutralité⁷⁷⁵. F. Hayek est également critique de la justice sociale⁷⁷⁶, car l'interventionnisme peut provoquer la suppression des libertés. L'État ne devrait donc « assumer que les fonctions économiques qui ne peuvent pas l'être par le marché, et sans nuire à celui-ci »⁷⁷⁷. En incluant les principes de la justice sociale, le contenu du cadre de la neutralité – incarné par la Constitution – n'est plus uniquement « un cadre purement formel et procédural » car la Constitution engage alors « d'une certaine façon simultanément et parallèlement le peuple entier dans la réalisation d'un véritable projet de société »⁷⁷⁸.

254. À l'aube de la théorisation de l'État de droit, il y avait l'idée que seul l'État minimal était à même de respecter la neutralité car son retrait occasionnait par la suite le retrait de toute idéologie au sein de la structure de base de l'État. Avec l'apparition des droits sociaux au XIX^e siècle, se superpose l'idée – qui deviendra le cœur de la neutralité⁷⁷⁹ – selon laquelle l'exigence de retrait doit être complétée par une exigence d'intervention, qui vise à garantir les droits sociaux afin de favoriser les droits-libertés⁷⁸⁰. Les droits sociaux apparaissent de manière limitée au XIX^e siècle : la Constitution française de 1848 consacre par exemple les droits sociaux. Ils apparaissent toutefois en particulier après la Seconde Guerre mondiale. En droit international, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 intègre les droits

⁷⁷⁵ R. NOZICK, *Anarchie, État et utopie*, op. cit., Part. II.

⁷⁷⁶ F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁷⁷⁸ M. SEYMOUR, « Le bien commun et la justice : perspective nationale et internationale », *Éthique publique*, janvier 2004, disponible sur <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2072>.

⁷⁷⁹ Voir *infra*, Partie II.

⁷⁸⁰ D. ROUSSEAU, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », art. cit., p. 888.

économiques et sociaux dans le cadre des droits et libertés fondamentaux. Appréhender l'État de droit d'un point de vue matériel soulève la question du type de droits protégés par l'État et imposés à lui. Traditionnellement, il s'agit des « droits-libertés », opposés aux « droits-créances », rattachés à l'État-providence⁷⁸¹. Les droits-libertés protègent l'individu de l'ingérence de l'État : ils sont ainsi la garantie du respect de la liberté individuelle. Néanmoins, si les droits-libertés sont le plus souvent opposés les droits-créances, le concept d'État de droit peut également être envisagé au sens d'État providence comme celui qui protège les droits sociaux. L'idée que l'État-providence puisse être considéré comme un État de droit dépend de la manière dont on appréhende l'État de droit : en réduisant l'État de droit à sa fonction « première » – celle de limiter l'État – celui-ci s'oppose alors à l'État-providence, qui implique un fort interventionnisme étatique, et suppose un idéal de société.

255. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 montre l'ambiguïté des principes de justice sociale. Ils représentent, d'un côté, un idéal vers lequel tendre. D. Lochak relève en ce sens que « l'universalité qui [...] sous-tend [la Déclaration] est de nature prescriptive » car « [e]lle ne prétend pas que les droits qu'elle proclame sont d'ores et déjà respectés partout, mais elle montre la direction vers laquelle il faut tendre : s'efforcer de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer l'application universelle et effective »⁷⁸². Ils incarnent ainsi un idéal moral. Toutefois, toujours selon D. Lochak – qui rejoint ainsi la justification donnée par J. Rawls dans la *Théorie de la justice* – « elle est œcuménique dans sa conception : s'étant dégagée de tout esprit de compétition nationale, doctrinale ou confessionnelle, elle a obtenu l'adhésion de l'ensemble des pays démocratiques, des démocraties populaires, des nations récemment émancipées des divers continents et celle des Églises » et elle « universelle, aussi, parce qu'elle entend protéger tous les êtres humains sans discrimination, en tous territoires ou lieux de la terre, quel que soit le régime du pays où ils vivent, quels que soient leur sexe, leur origine, leur condition sociale, leur religion, leur langage et leurs convictions politiques, quels que soient les groupes dont ils font partie : famille, cité, profession, confession, province, nation »⁷⁸³. Ces principes sont donc neutres en tant qu'ils s'appliquent à l'ensemble des individus, et peuvent être admis par tous. Ils correspondent, en ce sens, au cadre du Juste car celui-ci se caractérise par l'accord dont il fait l'objet – contrairement aux conceptions du bien entraînant des désaccords. Ils sont ainsi caractéristiques

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 886.

⁷⁸² D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 170.

⁷⁸³ *Ibid.*

de la neutralité : le Juste peut reposer un idéal moral. Pour D. Rousseau, s'appuyant sur la critique de M. Weber de la déformalisation du droit de l'État-providence, l'État garantissant les droits sociaux n'est pas nécessairement moins neutre que l'État minimal, car l'État minimal est également un État de « valeurs particulières »⁷⁸⁴ : celles du libéralisme. Si l'État-providence intervient pour imposer une conception politique sur de nombreux aspects de la vie des individus, il n'impose pas de conception du bien aux individus, qui demeurent libres de leurs choix moraux ou idéologiques. Il est donc appréhendé comme un cadre aux libertés.

§2. Les contours de la neutralité

256. Dès lors que la constitution protège des droits et libertés, ces derniers représentent des limites à la neutralité. Parce qu'elles ne sont pas neutres, ces finalités nécessitent de l'État qu'il garantisse sa propre *pérennité*. L'État de droit garantit la neutralité procédurale par la protection des méta-valeurs libérales. Il correspond au cadre de la neutralité de l'État car il a précisément vocation à faire respecter à la fois l'aire de non-ingérence et l'alternance politique au sein de l'État – et donc l'alternance de différentes conceptions du bien – en assurant la neutralité des institutions étatiques. Ainsi, le cadre de la neutralité, qui s'est incarné dans l'État de droit, signifie deux choses. Il signifie d'abord que la neutralité est *procédurale* : le cadre de l'État de droit permet la coexistence des conceptions du bien et leur respect du cadre du Juste (I). Or, cet objectif implique, en second lieu, que la neutralité procédurale soit *pérenne* afin de maintenir cette sphère de liberté garantie par l'État de droit (II).

I. La délimitation de la sphère de non-intervention

257. Les États libéraux, désormais démocratiques, ont pour seule fin « l'organisation et la gestion du “pluralisme raisonnable” étant entendu que tout ce qui est fins substantielles est reporté du côté des individus et des groupes, le régime politique ne pouvant consister que dans l'aménagement du cadre et la définition des règles procédurales assurant la coexistence harmonieuse de cette pluralité de libertés »⁷⁸⁵. Le cadre de l'État de droit implique l'*absence de vision du monde partagée*. Il représente les méta-valeurs sur lesquelles s'adosse la neutralité,

⁷⁸⁴ D. ROUSSEAU, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », art. cit.

⁷⁸⁵ M. GAUCHET, « Les tâches de la philosophie politique », art. cit., p. 296.

qui s'applique à l'intérieur d'un cadre délimité. Cette délimitation est celle de la sphère de non-intervention : la neutralité de l'État doit être garantie *à l'intérieur* du cadre ainsi délimité. La liberté individuelle, l'égalité, la dignité humaine, les libertés fondamentales en général, sont autant de principes sur lesquels repose la neutralité, et auxquels il ne peut être porté atteinte. Parce qu'il se traduit par la reconnaissance de droits fondamentaux et la limitation de l'État, l'État de droit délimite le cadre de la neutralité. Celui-ci est conçu comme une sphère de non-intervention de l'État afin de respecter les droits fondamentaux. En effet, l'idée principale sur laquelle repose l'État de droit, dans toutes ses définitions, correspond à l'idée d'une limitation de l'État :

« La théorie s'inspire ainsi d'une méfiance vis-à-vis d'un État, dont il est indispensable d'encadrer et de corseter la puissance pour éviter qu'elle ne devienne oppressive, qui est au principe même de l'idéologie libérale : elle est sous-tendue par l'idée de limitation *du pouvoir*, par le triple jeu de la *garantie des libertés*, de l'*encadrement du pouvoir des élus* et de la *limitation des fonctions de l'État*. »⁷⁸⁶

L'État de droits-libertés protège le cadre de liberté des individus. Il n'est « accepté que s'il vise à favoriser l'exercice des libertés individuelles »⁷⁸⁷. L'action – ou surtout l'inaction – de l'État de droit est tout entière tournée vers la protection de la liberté individuelle. L'objectif de l'État de droit est donc de limiter les interventions de l'État afin de préserver les droits et libertés des individus et d'assurer la coexistence d'individus libres :

« Le but de l'État de droit ne peut donc être que la protection de la liberté et de la propriété individuelles. Sa formule institutionnelle tient tout entière dans le principe dit de la réserve de la loi : l'État ne peut intervenir dans la sphère de la liberté et de la propriété des individus qu'en vertu d'une règle universelle, conforme au principe de conciliation rationnelle des arbitres individuels et adoptée avec le consentement de la représentation. »⁷⁸⁸

258. L'idéologie sur laquelle repose la théorie de l'État de droit correspond aux méta-valeurs libérales. C'est pourquoi la théorie de l'État de droit permet d'appréhender le cadre de la neutralité. Au-delà de la limite que constituent les méta-valeurs de l'État de droit pour le pouvoir de l'État, l'État de droit – au sens substantiel en particulier – existe pour *garantir* les droits fondamentaux des individus. Au sens substantiel, l'État de droit est celui qui a pour

⁷⁸⁶ J. CHEVALLIER, « Les aspects idéologiques de l'État de droit », art. cit., p. 71.

⁷⁸⁷ D. ROUSSEAU, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », art. cit., p. 886.

⁷⁸⁸ O. JOUANJAN, « État de droit », art. cit., p. 651.

« finalité même, pour justification ultime, la garantie de ces droits »⁷⁸⁹. Il est donc un instrument permettant de garantir la liberté individuelle en limitant le pouvoir de contrainte de l'État : il représente donc la mise en œuvre de l'idéal de neutralité de l'État.

259. C'est l'autonomie qui exige que l'État garantisse et organise la possibilité d'un libre choix de conceptions du bien, afin que les individus puissent choisir librement. De ce fait, « le projet de l'État de droit est d'être un État de procédure garantissant à chacune de ces conceptions normatives la possibilité de démontrer leur validité »⁷⁹⁰. Pour D. Rousseau, dans la perspective de J. Habermas, c'est précisément le principe de discussion qui est le trait distinctif de l'État de droit :

« Plus généralement, ces questions renvoient à une définition substantielle de l'État de droit, État des seuls droits-libertés ou État des droits-libertés et des droits sociaux. Or, plus que la nature des droits qui le définiraient, c'est le principe de discussion qui semble le mieux identifier l'idée d'État de droit. Dès lors en effet que l'État de droit présuppose un écart, une différence entre la sphère étatique et l'espace public, dès lors qu'il présuppose aussi l'autonomie et la capacité normative de cet espace public, il est inévitable que l'État de droit soit confronté à la multiplicité des conceptions normatives qui s'affrontent dans l'espace public. C'est pourquoi le projet de l'État de droit est d'être un État de procédure garantissant à chacun de ces conceptions normatives la possibilité de démontrer leur validité. »⁷⁹¹

Dans la perspective de J. Habermas et de D. Rousseau, l'État de droit peut être envisagé comme un État de procédure, qui garantit la liberté de choix des individus.

260. L'ensemble des droits-libertés, ou droits de première génération, vise à protéger l'individu de l'ingérence de l'État. Ces droits sont organisés autour de l'individu uniquement : on y trouve la liberté individuelle au sens de droit à la sûreté, la liberté d'aller et venir, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'intégrité physique⁷⁹². L'État de droit protège et garantit ces droits-libertés en organisant un cadre dans lequel l'État ne peut intervenir pour entraver ces droits-libertés. L'État de droit est *indispensable* à la garantie de la liberté individuelle : celle-ci ne peut être garantie et favorisée qu'avec l'existence de l'État. En revanche, l'État ne peut intervenir au-delà du cadre fixé, sous peine de porter atteinte à la liberté individuelle :

« Sans doute, l'État n'est-il pas totalement rejeté mais son rôle n'est accepté que s'il vise à favoriser l'exercice des libertés

⁷⁸⁹ J. CHEVALLIER, « Les aspects idéologiques de l'État de droit », art. cit., p. 71.

⁷⁹⁰ D. ROUSSEAU, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », art. cit., p. 894.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² *Ibid.*, p. 886.

individuelles. Ainsi, il peut définir le cadre juridique à l'intérieur duquel les libertés s'ajusteront mais non le contenu de ces ajustements ; il peut même intervenir pour définir et sanctionner toutes pratiques susceptibles de gêner l'usage par les individus de leurs libertés. »⁷⁹³

261. Les droits-libertés sont protégés de l'ingérence de l'État, qui ne peut y porter atteinte. L'État de droit substantiel représente donc le cadre de la neutralité : il définit le cadre à l'intérieur duquel l'État ne peut intervenir par la contrainte dans la sphère privée des individus, et ce cadre correspond aux droits fondamentaux, qui « définissent une sphère à l'intérieur de laquelle l'État ne peut pénétrer »⁷⁹⁴. L'État ne peut alors intervenir par la contrainte pour limiter cette liberté, excepté en cas de préservation de l'ordre public. Cette limite est similaire dans l'ensemble des pays libéraux. Elle a été rappelée plusieurs fois par la CEDH⁷⁹⁵.

II. La pérennité du cadre de la neutralité

262. L'État de droit ne met pas seulement en place les principes du libéralisme politique, mais également ceux de la démocratie. La structure formelle de l'État de droit garantit l'indépendance du droit par rapport à l'État⁷⁹⁶. Le contenu du droit n'est alors pas issu de l'État lui-même, mais du jeu démocratique qu'il organise et protège. L'État de droit, notamment par le biais de sa Constitution, fixe les règles relatives à la répartition et à l'organisation du pouvoir : il ne pourrait y avoir de démocratie sans constitutionnalisme libéral. En ce sens, l'État de droit garantit la neutralité *politique* de l'État car, en ne représentant aucune idéologie particulière, il permet l'*alternance politique*. Or, le pluralisme et l'alternance politique protègent la liberté de choix.

263. Dans les démocraties libérales, l'alternance politique a pour conséquence que le Gouvernement et le Parlement, en représentant un parti, une couleur politique, représentent une certaine conception du bien. Ce phénomène inévitable ne porte pas atteinte à la neutralité politique de l'État, mais au contraire, permet de la garantir. De fait, la neutralité est une exigence adressée à l'État et à ses institutions – et, selon les cas, à ses agents – et non au parti politique au pouvoir. Le jeu démocratique implique une séparation entre la politique et l'État⁷⁹⁷. C'est à l'État que s'applique l'exigence de neutralité, c'est-à-dire à sa structure de base, car celle-ci a

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ Par exemple : CEDH, 14 juin 2007, *Sviato-Mykhailivska-Parafihya c. Ukraine*, req. n°77703/01.

⁷⁹⁶ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 59.

⁷⁹⁷ Y.C. ZARKA, *Difficile tolérance*, op. cit., p. 120.

précisément vocation à organiser les pouvoirs et à garantir les droits fondamentaux. L'État est considéré comme neutre précisément parce qu'il permet l'alternance politique, et la *permanence* de l'alternance politique. *A contrario*, le parti politique au pouvoir représente nécessairement une idéologie, qui se traduira dans les normes adoptées. Le propre des partis politiques – indispensables à la démocratie⁷⁹⁸ – est de s'organiser autour de différentes croyances et valeurs. L'article 6 de la Constitution espagnole de 1978 indique, en ce sens, que les partis politiques « traduisent le pluralisme politique ». Les individus choisissent alors de voter pour un parti en fonction de leurs conceptions du bien : le pluralisme politique est indispensable à l'existence d'un réel choix des citoyens. Il est la conséquence de la pluralité d'opinions et d'idées politiques. La nécessité d'une pluralité de partis politiques découle donc du pluralisme des valeurs.

264. L'État neutre doit autoriser les partis politiques dans toute leur diversité, car il doit permettre l'alternance des différentes croyances et valeurs portées par les partis politiques. Par l'existence de partis politiques, et la possibilité de l'alternance politique, la démocratie rend possible la cohabitation de différentes croyances, tout en interdisant à l'une d'entre elles d'interdire les autres lorsqu'elles accèdent au pouvoir. Comme l'explique D. Rousseau, la loi se transforme, au gré de l'alternance politique, en « simple instrument de réalisation d'un programme politique » et perd alors « sa qualité rationnelle pour épouser les valeurs morales et politiques des majorités parlementaires »⁷⁹⁹. La majorité est précisément « supposée avoir été élue pour [...] réaliser [ses valeurs] »⁸⁰⁰. Cependant, si le parti politique au pouvoir imprègne nécessairement les lois de son idéologie, il ne peut en faire de même avec la structure de base de l'État : les institutions étatiques doivent toujours garantir la neutralité. Cela témoigne de la portée étroite de la neutralité : l'exigence de neutralité ne s'applique pas à toutes les politiques publiques, mais seulement à la structure de base de l'État. Ainsi, « [s]i elle est à contenu idéologique variable, la démocratie est à forme institutionnelle certaine »⁸⁰¹. L'idéologie politique au pouvoir ne peut donc devenir « le credo officiel de la religion civile »⁸⁰². Le cadre de la neutralité est ainsi, avant tout, politique : il doit permettre l'alternance politique. La structure de base de l'État permet au pouvoir d'incarner différentes idéologies, sans que l'une

⁷⁹⁸ H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, op. cit., pp. 19-30.

⁷⁹⁹ D. Rousseau, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », art. cit., p. 889.

⁸⁰⁰ G. Haarscher, « La neutralité, l'intégrité et la protection des minorités », in S. Goyard-Fabre (dir.), *L'État au XXe siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, coll. « Histoire des idées et des doctrines », Paris, Vrin, 2004, p. 268.

⁸⁰¹ M. Prelot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1984, p. 61.

⁸⁰² Y.C. Zarka, *Difficile tolérance*, op. cit., p. 120.

d'entre elles ne puisse perdurer dans le temps, car cela remettrait en cause le cadre du Juste, qui implique l'absence de vision du monde partagée. L'idée démocratique est alors « complémentaire » au libéralisme politique⁸⁰³, car elle a, pour les libéraux, « l'immense vertu d'appliquer la liberté dans le domaine politique »⁸⁰⁴. La structure de l'État de droit, et notamment ses principes matériellement constitutionnels, visent à empêcher qu'un parti politique modifie substantiellement la structure de base de l'État et porte ainsi atteinte à la neutralité procédurale de l'État, car cela nuirait à la liberté de choix des individus. En organisant l'alternance politique reposant sur le multipartisme via des procédures neutres, l'État permet la coexistence de différentes idéologies. Ainsi, non seulement l'État de droit garantit l'alternance politique, mais il garantit surtout sa *permanence*. Aucun Gouvernement ne peut imposer sa conception du bien pour le futur, au sens où il ne peut modifier la structure de base de l'État de manière à fermer définitivement la porte à d'autres conceptions du bien. Ainsi, le fait que le parti politique au pouvoir adopte des lois qui épousent les valeurs d'une couleur politique ne porte pas atteinte à la neutralité de l'État, dès lors qu'elle respecte la pérennité et la substance de la structure de base. L'État de droit limite le pouvoir du Gouvernement et du Parlement, c'est-à-dire du parti politique vainqueur des élections. Le pouvoir en place est soumis au droit : l'État de droit « mise sur les contrôles juridiques pour limiter la toute-puissance des représentants »⁸⁰⁵. Il assure donc, en ce sens, une neutralité politique : le multipartisme, qui garantit le pluralisme des opinions politiques, est inhérent à l'État neutre. L'État joue alors « le rôle d'un arbitre [note de bas de page supprimée] : il ne prend pas parti pour une conception de la vie bonne, mais agit de telle sorte que personne ne puisse imposer la sienne à autrui »⁸⁰⁶.

265. L'une des difficultés dans la conceptualisation de la neutralité de l'État est celle de la survie de l'État neutre : en effet, l'État ne peut être neutre quant à sa propre survie. La possibilité d'interdire certains partis politiques ne peut être envisagée si la démocratie est axiologiquement neutre. Toutefois, la neutralité de l'État rencontre des limites dans les valeurs constitutives des régimes libéraux : c'est précisément l'idéologie de la neutralité qui implique que l'État doive lutter – au besoin – pour maintenir sa position d'arbitre. L'État neutre, pour être impartial, doit *imposer* le cadre de la neutralité et *assurer* sa pérennité. Dès lors, il ne peut être tolérant à l'égard des intolérants. J. Rawls évoque cette question dans la *Théorie de la justice*, dans laquelle il donne une version du paradoxe de la tolérance libérale à l'égard des

⁸⁰³ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 55.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁰⁵ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 61.

⁸⁰⁶ G. HAARSCHER, *La laïcité*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2017, p. 6.

intolérants – paradoxe notamment formulé par K. Popper dans son ouvrage sur la société ouverte⁸⁰⁷ :

« Ainsi des citoyens justes devraient s'efforcer de préserver la constitution et toutes les libertés égales pour tous aussi longtemps que la liberté elle-même et leur propre liberté ne sont pas en danger. Ils ont le droit de forcer les gens intolérants à respecter la liberté des autres, puisqu'on peut demander à une personne de respecter les droits établis par les principes qu'elle reconnaîtrait dans la position originelle. Mais quand la constitution elle-même n'est pas menacée, il n'y a pas de raison de refuser la liberté aux intolérants. »⁸⁰⁸

Il est nécessaire, pour préserver la liberté, de limiter la liberté des intolérants.

266. L'idée d'une « lutte » de l'État en vue de maintenir sa structure politique est au cœur de la notion de démocratie militante développée par K. Loewenstein, qui défend l'idée d'une démocratie « combattante »⁸⁰⁹ en réaction à la faiblesse de la Constitution de Weimar, qui n'était pas en mesure de se prémunir contre le nazisme⁸¹⁰. La démocratie doit, au contraire, être en mesure de se défendre. En raison de son histoire, l'Allemagne a inclus dans la Loi fondamentale de 1949 plusieurs dispositions relatives à sa propre survie. L'article 9 (2) interdit les « associations dont les buts ou l'activité [...] sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples ». Dans le même sens, l'article 18 prévoit la déchéance des droits fondamentaux pour « [q]uiconque abuse [des droits et libertés] pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique ». L'idée de démocratie combattante s'est, en particulier, traduite à l'article 21 (2) qui dispose que « [l]es partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs adhérents, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont inconstitutionnels ». La Cour de Karlsruhe a appliqué cet alinéa à

⁸⁰⁷ K.R. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, 2, *op. cit.*, p. 299 : « Le paradoxe de la tolérance est moins connu : la tolérance illimitée a pour conséquence fatale la disparition de la tolérance. Si l'on est d'une tolérance absolue, même envers les intolérants, et qu'on ne défend pas la société tolérante contre leurs assauts, les tolérants seront anéantis, et avec eux la tolérance. Je ne veux pas dire par là qu'il faille toujours empêcher l'expression de théories intolérantes. Tant qu'il est possible de les contrer par des arguments logiques et de les contenir avec l'aide de l'opinion publique, on aurait tort de les interdire. Mais il faut toujours revendiquer le *droit* de le faire, même par la force si cela devient nécessaire, car il se peut fort bien que les tenants de ces théories se refusent à toute discussion logique et ne répondent aux arguments que par la violence. Il faudrait alors considérer que, ce faisant, ils se placent hors la loi et que l'incitation à l'intolérance est criminelle au même titre que l'incitation au meurtre, par exemple. ».

⁸⁰⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁰⁹ K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights, I », *The American Political Science Review*, 1937, vol. 31, n° 3, pp. 417-432 ; K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights II », *The American Political Science Review*, 1937, vol. 31, n° 4, pp. 638-658.

⁸¹⁰ A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », *Jus Politicum*, 2008, n° 1, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/L-echec-de-la-Constitution-de-Weimar-et-les-origines-de-la-democratie-militante-en-R-F-A-29.html>.

plusieurs reprises, avec la dissolution du SRP néo-nazi en 1952 ou encore celle du KPB communiste en 1956⁸¹¹. Dans le même sens, la Constitution italienne interdit de réorganiser « sous quelque forme que ce soit » le parti fasciste⁸¹². Le Portugal dispose également d'un mécanisme mettant en œuvre la démocratie militante à l'article 46§4 de la Constitution du 2 avril 1976, qui dispose que « [l]es organisations racistes ou qui se réclament de l'idéologie fasciste sont interdites », limitant par-là la liberté d'association⁸¹³. La loi 64/78 du 6 octobre 1978 a, par la suite, précisé qu'il s'agissait des « organisations qui par leurs statuts, leurs manifestes et communiqués [...] prétendent diffuser ou diffusent effectivement, les valeurs, les principes, les institutions et les méthodes caractéristiques des régimes fascistes que l'Histoire rapporte » et les organisations « qui combattent par des moyens anti-démocratiques [...] l'ordre constitutionnel, les institutions démocratiques et les symboles de souveraineté »⁸¹⁴. La Constitution bulgare de 1991 prévoit, à l'article 11, l'interdiction des partis politiques « constitués sur des principes ethniques, raciaux ou religieux, ainsi que des partis qui s'assignent pour but de s'emparer par la force du pouvoir de l'État ». L'État neutre peut interdire un parti – et donc une idéologie – pour sa propre survie, et en particulier pour la survie de la démocratie⁸¹⁵. Toutefois, tous les États ne disposent pas de régime préventif d'interdiction des partis politiques au niveau constitutionnel.

267. Dans le célèbre arrêt *Refah Partisi c. Turquie*, la CEDH explique que « [d]e par leur rôle, les partis politiques [sont] les seules formations à même d'accéder au pouvoir » et « d'exercer une influence sur l'ensemble du régime de leur pays »⁸¹⁶. Par conséquent, « [p]ar leurs projets de modèle global de société qu'ils proposent aux électeurs et par leur capacité de réaliser ces projets une fois arrivés au pouvoir, les partis politiques se distinguent des autres

⁸¹¹ Si la Cour de Karlsruhe a interdit à deux reprises des partis politiques sur le fondement de l'article 21 (3) (BVerfGE 2, 1 (23 octobre 1952) ; BVerfGE 5, 85 (17 août 1956)), elle utilise toutefois ces dispositions avec retenue et parcimonie. Ainsi, elle n'interdit pas systématiquement les partis politiques ayant des objectifs anticonstitutionnels : elle vérifie que le parti en question ait un réel poids politique, c'est-à-dire une chance de succès (voir par exemple la décision de la Cour de Karlsruhe relative à l'interdiction du Nationaldemokratische Partei Deutschland (NPD) : BVerfG, 17 janvier 2017, n°2 BvB 1/13).

⁸¹² Dispositions transitoires et finales, XII, Constitution italienne du 22 décembre 1947.

⁸¹³ L'existence des partis politiques dépend particulièrement de la liberté d'association : F. HAMON, « Le statut des partis politiques », in *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2, Distribution des pouvoirs*, coll. « Traité Dalloz », Paris, Dalloz, 2012, pp. 413-439.

⁸¹⁴ M.D. SOUSA et C. MELIN, « La protection de la démocratie face à la montée de la droite radicale et de l'extrême droite. Une étude comparative luso-allemande », *JP blog*, 25 juillet 2022, disponible sur <http://blog.juspoliticum.com/2022/07/25/la-protection-de-la-democratie-face-a-la-montee-de-la-droite-radicale-et-de-lextreme-droite-une-etude-comparative-luso-allemande-par-melanie-de-sousa-et-clothilde-melin/>.

⁸¹⁵ F. OST, « Conclusions. Quelle liberté pour les groupes liberticides ? Six questions pour un débat », in H. DUMONT et al. (dirs.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 449-459.

⁸¹⁶ CEDH, GC, 13 février 2003, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, Req. n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 87.

organisations intervenant dans le domaine politique »⁸¹⁷. La CEDH « estime qu'un parti politique peut promouvoir un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'État à deux conditions ; 1) les moyens utilisés à cet effet doivent être légaux et démocratiques ; 2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux »⁸¹⁸. Dès lors qu'un parti politique a pour objectif de remettre en cause la neutralité de l'État, par exemple lorsque son objectif est d'établir un État théocratique, il peut être interdit⁸¹⁹.

268. L'État neutre, pour le demeurer, doit assurer sa survie. Cette exigence se manifeste dans la pérennité de la structure de base protectrice des droits et libertés. Les principes de l'État de droit et les garanties qu'il met en place représentent une limite au pouvoir démocratique visant à préserver les méta-valeurs de la modernité. Ainsi, avec l'État de droit, « [i]l ne s'agit pas seulement d'affirmer le principe de la liberté individuelle, mais d'en faire un droit inaliénable et de protéger les institutions politiques qui le garantissent »⁸²⁰. Le politique ne peut pas modifier substantiellement la structure de base de l'État : c'est là qu'intervient le juge constitutionnel, gardien de l'État de droit, et donc gardien de la neutralité⁸²¹. L'État de droit empêche donc qu'une conception du bien ne s'impose pour l'État tout entier :

« En étant neutre par rapport aux systèmes de croyances et de valeurs des citoyens, l'État défend leur égalité et leur liberté de poursuivre leurs propres finalités. L'État prend donc parti en faveur de l'égalité et de l'autonomie des citoyens en leur permettant de choisir leur plan et leur mode de vie. Ce faisant, le croyant ou l'athée peut vivre selon ses convictions, mais il ne peut imposer aux autres sa conception du monde. »⁸²²

L'importance de la pérennité de l'État de droit dans une optique de garantie pérenne des droits et libertés s'est traduit, dans la Loi fondamentale allemande de 1949, première constitution allemande réellement libérale⁸²³, par la clause d'éternité, instituée par l'article 79 alinéa 3 qui vise à préserver les droits et libertés, y compris du constituant lui-même. Avec la clause d'éternité, les droits fondamentaux ne peuvent être modifiés, et la structure de l'État

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ *Ibid.*, § 98.

⁸¹⁹ *Ibid.*, § 94.

⁸²⁰ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 184.

⁸²¹ Sur la querelle du pouvoir neutre : S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, p. 17.

⁸²² J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 25.

⁸²³ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 232.

allemand est protégée. En cela, l'État de droit assure la coexistence et l'alternance de différentes conceptions du bien, par la garantie de droits et libertés assurés aux individus.

269. Conclusion de section. L'État de droit correspond à la mise en œuvre des méta-valeurs du Juste : les droits et libertés, protégées par la Constitution, permettent de garantir la neutralité, et donc, la liberté individuelle. Les valeurs principielles de l'État de droit peuvent être appréhendées de différentes manières : en tant que garanties procédurales, en tant que conceptions du bien ou en tant que principes moraux. Quelle que soit la manière de les appréhender, ces méta-valeurs du Juste contiennent nécessairement un contenu moral minimal du fait du contenu substantiel de l'État de droit. Ces méta-valeurs doivent être protégées par l'État. C'est en effet l'État de droit qui permet à chaque individu de vivre sans contrainte, selon ses propres goûts, ses propres croyances, son propre mode de vie, qui lui permet de vivre « librement » dans la sphère privée. L'État de droit est le gardien des valeurs du Juste.

SECTION 2. LA SPHERE D'APPLICATION DE LA NEUTRALITE

270. La principale difficulté de la neutralité est celle de l'indétermination du concept, qui été pensé de manière large – vis-à-vis des conceptions du bien – et qui, dans la pratique, est cause d'un flou juridique quant aux exigences qui y sont relatives. En effet, le principe de neutralité de l'État ne peut être résumé à la neutralité religieuse, bien que celle-ci soit à son origine. Il s'agit donc de déterminer l'objet de la neutralité dans les régimes libéraux, c'est-à-dire de déterminer ce qui, dans la pratique, correspond aux « conceptions du bien » considérés comme l'objet de la neutralité dans la philosophie politique (§1), mais également de déterminer la manière dont la neutralité est mise en œuvre au sein de l'État libéral (§2).

§1. L'indétermination de la sphère du « Bien »

271. Dans la philosophie politique, la majorité des auteurs identifie le « Bien » ou, a minima, les conceptions *controversées* du bien, comme objet de la neutralité. Dans la pratique des États libéraux, l'apparition et les premières formulations du principe de neutralité de l'État présentent une double difficulté : d'abord, parce que tous les « objets » identifiés du principe de neutralité ne se rangent pas tous dans la catégorie – même élargie – du « Bien » (I), et ensuite parce que l'indétermination de la frontière entre le Juste et le Bien présente de nombreuses difficultés pratiques (II).

I. Les objets de la neutralité

272. Le principe de neutralité de l'État vis-à-vis des conceptions du bien n'existe pas, en tant que tel, dans les États libéraux. Dans la pratique, il recouvre toutefois une diversité d'objets, dégagés progressivement et parfois implicitement par les États libéraux. Il est d'abord apparu, en droit positif, avec l'affirmation de la neutralité religieuse de l'État, et s'est progressivement étendu à d'autres sphères. Les penseurs de la neutralité ont théorisé cet élargissement de la neutralité religieuse, actant du fait que la religion était l'une des conceptions du bien existant dans un État neutre, mais que la liberté religieuse n'est qu'une partie de la liberté « morale », qui implique la protection de l'ensemble des modes de vie et conceptions du bien, et « qui se décline en divers droits libéraux, qui protègent la liberté de conscience, de pensée, d'expression

et d'association »⁸²⁴. W. Kymlicka soutient, par exemple, que la tolérance religieuse s'est peu à peu étendue à d'autres sphères que celles de la religion⁸²⁵. Dans le même sens, J.-M. Woehrling soutient que le concept de neutralité s'est généralisé à différentes sphères – politique, économique, morale – mais aussi que le concept de religion lui-même s'est étendu aux convictions philosophiques, a-religieuses, antireligieuses « dès lors qu'elles ont une approche globale et fondamentale de la vie humaine et des valeurs qui doivent la guider »⁸²⁶. G. Haarscher décrit également que « le concept de neutralité est complexe dans la mesure où il doit s'appliquer dans des contextes très différents »⁸²⁷. Il apparaît, en effet, que l'exigence de neutralité sous-tend un certain nombre de règles et présente donc, dans la pratique, plusieurs objets distincts de la neutralité religieuse. Si la neutralité fut d'abord religieuse, la notion de religion fut progressivement élargie aux croyances, aux modes de vie (A). L'apparition de la neutralité de l'État, dans la pratique, n'a pas seulement été relative à la religion (B).

A) La neutralité de l'État, de la religion à la morale

273. Historiquement, la neutralité fut d'abord affirmée en matière religieuse, faisant alors de la religion le premier objet de la neutralité. Cette consécration de la neutralité religieuse fut néanmoins progressive, et doit être distinguée de l'affirmation de la liberté de conscience et de religion, qui lui préexiste⁸²⁸. Si les individus n'étaient pas persécutés en raison leurs croyances, la neutralité n'était pas encore assurée car elle implique l'absence de *jugement de valeur* ou de *prise de parti* par l'État, et elle implique *l'absence de discrimination*. Ainsi, le fait pour l'État de ne pas *imposer* une conception du bien ne suffit pas pour assurer la neutralité. Celle-ci peut toutefois être mise en œuvre de différentes manières⁸²⁹.

274. La neutralité religieuse soulève la difficulté de l'appréhension du concept de religion. Par exemple, l'article 9 de la CEDH ne définit pas le terme de religion, et la jurisprudence est particulièrement floue sur ce sujet. La Cour a d'abord précisé qu'elle impliquait la liberté de croire, mais aussi d'enseigner sa religion⁸³⁰, puis de ne pas croire⁸³¹.

⁸²⁴ C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier », in *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés - Canada, Europe, Belgique*, coll. « Études canadiennes », n° 29, Bruxelles, Peter Lang, 2015, p. 30.

⁸²⁵ W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », *Philosophiques*, 1992, vol. 19, n° 2, p. 97.

⁸²⁶ J.-M. WOEHRLING, « Les limites du principe juridique de neutralité de l'État en matière religieuse », art. cit.

⁸²⁷ G. HAARSCHER, « La neutralité, l'intégrité et la protection des minorités », art. cit., p. 250.

⁸²⁸ Voir *supra*, § 248.

⁸²⁹ Voir *infra*, § 292 et s.

⁸³⁰ CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, req. n°14307/88, § 31.

⁸³¹ CEDH, 18 février 1999, Buscarini et autres c. Saint-Martin, req. n°24645/94, § 34.

L'article 137 de la Constitution de Weimar, inclus dans la Loi fondamentale de 1949, dispose que « [s]ont assimilées aux sociétés religieuses, les associations qui ont pour but de réaliser en commun une conception du monde (*Weltanschauung*) », adoptant une conception large de la religion. L'article 4 dispose, par ailleurs, que « [l]a liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses *et philosophiques* sont inviolables »⁸³². Au Royaume-Uni, à l'occasion d'une affaire relative à l'Église de scientologie, l'arrêt *Hodkin* évoque la difficulté de définir la religion, en raison de son caractère évolutif, et révisé la définition donnée par la loi de 1855 sur l'enregistrement des lieux de culte. Lord Toulson, au nom de la majorité, livre la définition suivante :

« [...] système de croyances spirituelles ou non laïques, tenu par un groupe d'adhérents, qui prétend expliquer la place de l'homme dans l'univers et sa relation avec l'infini, et qui enseigne à ses adhérents comment ils doivent vivre leur vie en conformité avec les principes de la religion. Par spirituel ou non-laïque, j'entends un système de croyance qui va au-delà de ce qui peut être perçu par les sens ou déterminé par l'application de la science. Je préfère ne pas utiliser le mot « surnaturel » pour exprimer cet élément, car c'est un mot chargé qui peut avoir de nombreuses connotations. Un tel système de croyance peut ou non impliquer la croyance en un être suprême, mais il implique la conviction qu'il y a plus à comprendre sur la nature de l'homme et sa relation avec l'univers que ce qui peut être acquis par les sens ou la science. J'insiste sur le fait qu'il s'agit d'une description et non d'une formule définitive »⁸³³.

La question de la définition de la religion pose, en effet, la question des sectes – au cœur de l'arrêt *Hodkin*. Dans un arrêt du 26 juin 2002, la Cour de Karlsruhe a précisé – sur la question d'une réponse ministérielle qui qualifiait une secte de mouvement manipulateur et dangereux – que la liberté de religion n'englobait pas le fait, pour l'État, de critiquer un mouvement religieux⁸³⁴. Toutefois, elle ne fait pas de différence entre les religions et les mouvements spirituels non transcendants – les « conceptions du monde » (*Weltanschauung*) : toutes les convictions sont protégées par l'article 4 de la Loi fondamentale de 1949⁸³⁵. L'État italien a, quant à lui, reconnu les témoins de Jéhovah comme religion⁸³⁶. De même, la CEDH revêt une acception large de la religion, englobant les sectes, et accorde ainsi une protection à l'ensemble

⁸³² Nous soulignons.

⁸³³ R (on the application of Hodkin and another) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages [2013] UKSC 77, § 57 (traduction libre).

⁸³⁴ BVerfGE 105, 279, Osho (26 juin 2002).

⁸³⁵ C.D. CLASSEN, « L'ordre public et le droit de la liberté de religion en Allemagne », *Revue du droit des religions*, juillet 2020, n° 9, pp. 73-89.

⁸³⁶ L'accord reconnaissant les Témoins de Jéhovah (mais aussi le bouddhisme) comme religion a été annoncé le 20 mars 2000 par la présidence du Conseil italien.

des religions et non uniquement aux religions traditionnelles⁸³⁷. Elle protège, par exemple, la scientologique⁸³⁸, le druidisme⁸³⁹, le Divine Light Zentrum⁸⁴⁰, ou encore le mouvement raélien⁸⁴¹. Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, la CEDH a précisé que « tous les avis ou convictions n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 9§1 de la Convention » et rappelle que « [c]omme l'a dit la Commission, le terme « pratiques » employé à l'article 9§1 ne recouvre pas tout acte motivé ou influencé par une religion ou une conviction »⁸⁴². Par ailleurs, la Cour a relevé qu'il n'existait pas, en Europe, de consensus autour d'une « conception uniforme de la signification de la religion dans la société », ni de la morale⁸⁴³, rappelant alors sa jurisprudence *Handyside*⁸⁴⁴.

275. La notion de religion en elle-même a évolué dans les États, élargissant par-là l'objet de la neutralité. Aux États-Unis, la notion de religion est envisagée de manière très large, notamment en raison de la clause de non-établissement interdisant toute discrimination et différenciation entre les religions, interprétée de plus en plus largement par la Cour suprême, qui a progressivement « banalisé » la religion chrétienne et a permis une acception large de la religion dans une optique d'égale dignité entre les religions⁸⁴⁵. La Cour suprême a défini la religion comme « toute croyance sincère et sérieuse qui occupe dans la vie de celui qui la revendique une place semblable à celle que tient Dieu dans la vie du croyant orthodoxe »⁸⁴⁶. La CEDH évoque, quant à elle, le « devoir d'impartialité et de neutralité à l'égard des différentes religions, cultes et croyances »⁸⁴⁷. Elle accorde la protection de l'article 9 à une pluralité de croyances non religieuses, comme le véganisme⁸⁴⁸, le pacifisme⁸⁴⁹, ou encore l'athéisme⁸⁵⁰. Dans l'arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, la Commission donne des indications quant à l'appréhension des convictions :

⁸³⁷ Comm. EDH, 4 octobre 1977, X. c. Royaume-Uni, req. n°7291/75.

⁸³⁸ Comm. EDH, X. et Church of Scientology c. Suède, 5 mai 1979, req. n°7805/77.

⁸³⁹ Comm. EDH, 14 juillet 1987, Chappell c. Royaume-Uni, req. n°12587/86.

⁸⁴⁰ Comm. EDH, 19 mars 1981, Omkarananda et Divine Light Zentrum c. Suisse, req. n°8118/77.

⁸⁴¹ CEDH, 3 novembre 2005, F. L. c. France, req. n°61162/00.

⁸⁴² CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n°2346/02, § 82.

⁸⁴³ CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n°13470/87, § 50.

⁸⁴⁴ La Cour relève qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale » » (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, § 48).

⁸⁴⁵ É. ZOLLER, « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste », art. cit., pp. 11-12.

⁸⁴⁶ *United States v. Seeger*, 380 US 163, 165 et 166 (1965), cité par É. ZOLLER, « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste », art. cit., p. 22.

⁸⁴⁷ Par exemple : CEDH, 9 octobre 2008, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, req. n°1448/04, § 54.

⁸⁴⁸ Comm. EDH, 10 février 1993, W. c. Royaume-Uni, req. n°18187/91.

⁸⁴⁹ Comm. EDH, *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, req. n°7050/75, § 69.

⁸⁵⁰ Comm. EDH, 3 décembre 1986, *Angelini c. Suède*, req. n°10491.

« Considéré isolément et dans son acception ordinaire, le mot “convictions” n’est pas synonyme des termes “opinion” et “idées” [...]. Il s’applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d’importance. [...] L’expression “convictions philosophiques” vise [...], aux yeux de la Cour, des convictions qui méritent respect dans une “société démocratique” [...], ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne et, de plus, ne vont pas à l’encontre du droit fondamental de l’enfant l’instruction. »⁸⁵¹

L’évolution de l’acception de la religion, et donc la portée de la protection de la liberté religieuse témoigne d’un premier élargissement de l’objet de la neutralité à mesure que la société se sécularise. L’acception de la religion fera, par la suite, l’objet d’un approfondissement par la reconnaissance, par la plupart des pays libéraux et par les cours internationales, d’un critère d’autoqualification⁸⁵².

276. Plus généralement, la neutralité implique un retrait de l’État des questions relatives à la vie privée, relevant généralement de la morale. Aux États-Unis, par exemple, cette exigence se traduit par le « due process of law », qui protège le droit à la vie privée. Dans l’arrêt *Griswold v. Connecticut* du 7 juin 1965⁸⁵³, la Cour suprême invalide une loi fédérale interdisant la contraception, au motif que cette loi empiétait sur des « zones d’intimité »⁸⁵⁴. L’État n’est pas légitime à intervenir dans le mode de vie des individus, comme le choix d’utiliser une contraception. De nombreuses jurisprudences sont allées en ce sens, étendant le « due process of law »⁸⁵⁵ : l’inconstitutionnalité de lois interdisant les mariages interracialisés⁸⁵⁶, ou encore l’inconstitutionnalité de lois interdisant les relations homosexuelles⁸⁵⁷. Toutes ces décisions étendent la protection de la vie privée en vertu du « due process of law ». L’extension de la protection due par le « due process of law » découle directement du principe de neutralité, qui vise à limiter l’intervention de l’État. Ce lien est particulièrement explicite dans l’arrêt *Laurence v. Texas* de 2003 :

« La liberté protège la personne humaine de toute intrusion non justifiée de l’autorité publique, à son domicile ou dans d’autres lieux privés. Il n’est pas dans nos traditions que l’État soit omniprésent à la maison. Et il existe bien d’autres espaces dans nos vies et notre existence, indépendamment de la maison, où l’État ne doit pas dominer par sa présence. Le droit d’être libre va au-delà de

⁸⁵¹ Comm. EDH, 25 février 1982, Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, req. n°7511/76; 7743/76, § 36.

⁸⁵² Voir *infra*, § 609 et s.

⁸⁵³ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁸⁵⁴ M. FABRE-MAGNAN, *L’institution de la liberté*, op. cit., p. 37.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 38 et s.

⁸⁵⁶ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁸⁵⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

limites spatiales. La liberté présuppose l'autonomie du sujet qui comprend la liberté de pensée, de conscience, d'expression et la liberté de comportement dans l'intimité. »⁸⁵⁸

L'idée d'une neutralité morale est également affirmée clairement la Cour suprême dans l'arrêt *Texas v. Johnson*, qui affirme que : « S'il y a bien un principe fondateur qui sous-tend le Premier Amendement, c'est que le gouvernement ne peut pas interdire l'expression d'une idée simplement parce que la société trouve l'idée elle-même choquante ou désagréable »⁸⁵⁹. Le premier amendement contient alors l'idée d'une neutralité morale. Cette neutralité morale implique que l'État ne puisse intervenir de manière trop stricte – par exemple en matière de liberté d'expression.

B) La neutralité de l'État au-delà de la sphère morale

277. Dans la pratique des États libéraux, la neutralité n'est pas uniquement morale. Le principe de neutralité découle également, plus implicitement, du principe de non-discrimination, ce qui a pour conséquence une démultiplication de ses objets par rapport aux seules croyances religieuses (1). Par ailleurs, le principe de neutralité fut également explicitement identifié en matière économique (2).

1. L'extension de l'objet de la neutralité par le principe de non-discrimination

278. Le principe de neutralité de l'État suppose que celui-ci ne favorise ou ne défavorise aucun individu en raison de ses croyances, de ses convictions politiques, de sa couleur de peau, etc. Il est, ainsi, directement lié à l'exigence de non-discrimination⁸⁶⁰. Pour J. Raz, l'affirmation d'un droit individuel à la non-discrimination est venue, dans un second temps, compléter la tolérance : « Les droits de la non-discrimination sont une extension naturelle de la conception libérale classique des droits civils et politiques constitutionnels »⁸⁶¹. Or, la neutralité renvoie, à travers la non-discrimination, à une multitude d'objets. L'article 3 al. 3 de la Loi fondamentale allemande dispose par exemple que « Nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son

⁸⁵⁸ É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, coll. « Grands arrêts », Paris, Dalloz, 2010, p. 810.

⁸⁵⁹ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), cité et traduit par É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 382.

⁸⁶⁰ Voir *infra*, § 292 et s.

⁸⁶¹ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », in *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 172 (traduction libre).

sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être discriminé en raison de son handicap ». Au Canada, l'article 15 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982 évoque les « discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ». L'article 14 de la CEDH évoque quant à lui les distinctions « fondée[s] notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Or, toutes ces causes de discriminations ne sont pas, à proprement parler, des « conceptions du bien » : si les croyances ou les opinions politiques renvoient à l'idée d'une pluralité des conceptions du bien, l'âge, la couleur de peau ou encore l'origine ne peuvent être rangées parmi celles-ci. Toutefois, l'État ne peut favoriser ou défavoriser des individus en raison de ces différentes caractéristiques : il doit être *indifférent* et impartial quant à celles-ci. Elles correspondent donc à l'objet de la neutralité.

279. Si les dispositions constitutionnelles relatives au principe de non-discrimination ne mentionnent pas explicitement la neutralité, l'existence de ce lien fut le fait, aux États-Unis du principe de la Constitution *colorblind*. L'idée de *colorblindness* de la Constitution a, pour la première fois, été avancée au cours de l'affaire *Plessy c. Ferguson* de 1896⁸⁶². Dans cet arrêt, la Cour suprême des États-Unis entérinait la *ségrégation* raciale dans le droit positif – doctrine selon laquelle « l'égalité de traitement est assurée lorsque les races se voient offertes des services matériellement égaux, même si ces services sont séparés »⁸⁶³. La doctrine « séparés mais égaux » reposait donc sur une différenciation fondée sur la couleur de peau. À rebours de cette doctrine, l'opinion dissidente du Juge Harlan évoquait l'idée de *colorblindness* – c'est-à-dire de neutralité vis-à-vis de la couleur de peau :

« Mais au regard de la Constitution, au regard de la loi, il n'existe pas, dans ce pays, de classe supérieure, dominante, dirigeante de citoyens. Il n'y a pas de caste ici. Notre Constitution est aveugle à la couleur et ne connaît ni ne tolère l'existence de classes parmi les citoyens. En application des droits civils, tous les citoyens sont égaux devant la loi. »⁸⁶⁴

⁸⁶² *Plessy c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁸⁶³ *Brown v. Board of Education of Topeka I*, 347 U.S. 483 (1954), cité par É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 287.

⁸⁶⁴ *Plessy c. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) (traduction libre).

Le juge Harlan a ainsi dégagé de la Constitution un principe de neutralité vis-à-vis de la couleur et s'est opposé à la solution de la Cour suprême qui consacrait la doctrine « séparés, mais égaux » en considérant la ségrégation raciale conforme à la Constitution. L'idée de la *colorblindness* de la Constitution américaine apparaît donc dans l'opinion dissidente du Juge Harlan, mais n'est consacrée qu'en 1954 par le très célèbre arrêt *Brown v. Board of Education*⁸⁶⁵. Dans cet arrêt, la Cour suprême déclare l'inconstitutionnalité de la ségrégation raciale, et affirme que celle-ci porte atteinte à l'égalité des chances :

« Nous en venons alors à la question ici posée : dans les écoles publiques, la ségrégation des enfants, sur le seul fondement de la race, et quand bien même les bâtiments et l'équipement ainsi que les autres conditions « matérielles » seraient égaux, prive-t-elle les enfants du groupe minoritaire de chances égales en matière d'éducation ? Nous croyons que oui. »⁸⁶⁶

L'arrêt *Brown v. Board of Education* consacre donc le principe de *colorblindness* de la Constitution, profondément lié au principe d'égalité, et qui deviendra, dans les années qui suivent, un « idéal politique inspiré de valeurs éthiques tenues pour fondamentales »⁸⁶⁷. Avec l'alignement des droits civiques, la doctrine de la *colorblindness* de la Constitution consacre l'égalité formelle, et ainsi la neutralité-indifférence de l'État vis-à-vis de la couleur dans un objectif d'égalité entre les individus. Dans le cas de la couleur de peau⁸⁶⁸, l'État doit – conformément au principe de neutralité – ne pas favoriser ou défavoriser un ou plusieurs individus en se fondant sur leur couleur de peau. Il doit être *aveugle aux différences*.

2. La neutralité économique

280. Le principe de neutralité se retrouve également dans le domaine de l'économie, et implique que la structure de base de l'État ne doive pas contenir de théorie économique qui s'imposerait aux différents gouvernements. Le principe de neutralité économique de l'État est au cœur des théories libérales du XIX^e siècle : les penseurs libéraux prônent une autonomie de

⁸⁶⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka I*, 347 U.S. 483 (1954).

⁸⁶⁶ *Ibid.*, cité et traduit par É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 289.

⁸⁶⁷ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, LGDJ, 1998, p. 81.

⁸⁶⁸ Pour G. Haarscher, le parallèle entre la neutralité religieuse et la neutralité vis-à-vis de la couleur doit être relativisé car le contexte est fondamentalement différent : l'État doit *toujours* combattre le racisme car il « constitue intrinsèquement une idéologie qui vise la suppression des droits de certains autres humains, considérés comme inférieurs », tandis qu'il n'en est pas de même pour la religion, dont les formes intolérantes « impliquent “simplement” une conception dogmatique du salut, obligatoire pour tous les êtres humains » à laquelle tous les individus peuvent se conformer, tandis que le racisme n'ouvre pas la possibilité aux individus de « se conformer » à une « race » (G. HAARSCHER, « La neutralité, l'intégrité et la protection des minorités », art. cit., p. 261 et s.).

l'économie par rapport à l'État, ce dernier ne devant pas intervenir dans la sphère économique, c'est-à-dire dans le fonctionnement naturel du marché⁸⁶⁹. Au cours du XX^e siècle, le libéralisme économique – dont la neutralité peut être discutée en tant qu'elle implique le choix du « laissez-faire »⁸⁷⁰ – sera remis en cause par la crise de 1929 et les considérations relatives à un besoin de justice sociale. Ce principe de neutralité économique de l'État est à distinguer du principe de neutralité économique de la Constitution, qui suppose que la loi constitutionnelle laisse une marge de manœuvre à la puissance publique pour décider de l'ordre économique. La notion de « Constitution économique », initiée par l'école ordolibérale⁸⁷¹, pose la question de la contrainte constitutionnelle sur les politiques économiques, et ainsi, du degré de neutralité économique des constitutions. Le principe de neutralité économique de l'État ne découle pas nécessairement de la neutralité économique de la Constitution, celle-ci pouvant également correspondre à l'absence de prise de position du constituant quant au choix d'un ordre économique particulier – d'une « Constitution économique ». Les deux principes ne sont donc pas équivalents. Deux décisions de cours constitutionnelles, l'une de la Cour Suprême des Etats-Unis, et l'autre de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, ont dessiné les contours de ces principes⁸⁷². Dans l'arrêt *Lochner* de 1905⁸⁷³, la Cour Suprême des Etats-Unis a imposé le principe de neutralité économique de l'État, c'est-à-dire la non-intervention de l'État, sous peine d'inconstitutionnalité. Au cours de cette affaire, la Cour Suprême a posé une règle de droit claire, selon laquelle toute loi qui réglemente la durée du travail entre le maître et ses ouvriers, « sans que le travail soit le moins du monde dangereux pour la moralité publique, et vraiment ou réellement nocif pour la santé des employés », doit être déclarée inconstitutionnelle⁸⁷⁴. Par cet arrêt, elle entend protéger le libéralisme économique, et empêcher l'interventionnisme en matière sociale. La Cour a donc déduit de la Constitution un ordre économique particulier à protéger : le « laissez-faire ». C'est au cours de cette affaire que le principe constitutionnel de neutralité économique est formulé pour la première fois dans l'opinion dissidente du juge Holmes :

⁸⁶⁹ F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, op. cit.

⁸⁷⁰ M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », n° 144, Paris, Dalloz, 2015, p. 35.

⁸⁷¹ L'ordolibéralisme est apparu en Allemagne dans les années 1930, et prônait alors la nécessité de combiner les libertés économiques avec le rôle de l'État pour assurer le bon fonctionnement du marché et prendre en compte les besoins de justice sociale. L'objectif des ordolibéraux est de préserver le bon fonctionnement de l'économie de marché en l'encadrant juridiquement. Pour l'école ordolibérale, la Constitution doit se fonder sur un ordre économique particulier : l'économie sociale de marché.

⁸⁷² M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, op. cit., p. 110 et s.

⁸⁷³ *Lochner v. New-York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁸⁷⁴ *Ibid.*, traduit par É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 146.

« [...] une Constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie économique en particulier, qu'il s'agisse du paternalisme, ou de l'organicisme politique, ou du laissez-faire. Une constitution est faite par des individus qui ont des opinions fondamentalement différentes, et l'appréciation qu'à l'occasion nous portons sur certaines idées quand nous les tenons pour naturelles et familières, ou nouvelles et même choquantes, ne doit pas conclure notre jugement sur la question de savoir si les lois qui les consacrent, sont [ou non] contraires à la Constitution des Etats-Unis »⁸⁷⁵.

En déclarant que la « constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie économique en particulier », le juge Holmes formule pour la première fois le principe de neutralité économique de la Constitution, dont l'objectif est de préserver l'autodétermination du législateur. L'arrêt *Lochner*, vivement critiqué, traduit le décalage entre la volonté de la Cour Suprême de préserver le libéralisme économique et les revendications grandissantes en matière de justice sociale de la part de la société américaine. Dans la doctrine, cette « ère *Lochner* » a été majoritairement considérée comme une « erreur »⁸⁷⁶. L'idée d'une neutralité économique de l'État protégée par la Constitution et par le juge constitutionnel est largement dénoncée. C'est finalement dans un arrêt de 1937, *West Coast Hotel v. Parrish*⁸⁷⁷, que la Cour Suprême opère un revirement de jurisprudence, en déclarant que les lois prises en matière économique sont présumées constitutionnelles, mettant ainsi fin à l'« ère *Lochner* »⁸⁷⁸. À la doctrine de la neutralité de l'État imposée par la Constitution et par le juge constitutionnel, s'est donc substitué le principe de la neutralité de la Constitution en matière économique, qui implique que le juge constitutionnel soit le gardien de cette neutralité.

281. Si ce principe de neutralité de la Constitution est apparu dès le début du XX^e siècle dans l'opinion dissidente du juge Holmes, ce n'est qu'en 1954 qu'une Cour constitutionnelle – celle de l'Allemagne – va se l'approprier et le définir dans l'arrêt *Aide aux investissements*⁸⁷⁹, dans lequel la Cour était amenée à se prononcer sur la question de la constitution économique en Allemagne, la Loi fondamentale de 1949 ne faisant pas référence – contrairement à la Constitution de Weimar – à un ordre économique particulier⁸⁸⁰. La Cour de Karlsruhe refuse

⁸⁷⁵ Opinion dissidente du juge Holmes (É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 147).

⁸⁷⁶ J.Y. CHEROT, « Constitution et économie », in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, *La suprématie de la Constitution*, Traité Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, p. 535 et s.

⁸⁷⁷ *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

⁸⁷⁸ J.Y. CHEROT, « Constitution et économie », art. cit., p. 536.

⁸⁷⁹ BVerfGE 4, 7 (20 juillet 1954).

⁸⁸⁰ L'absence de mention relative à l'ordre économique dans la Loi fondamentale a soulevé, après son entrée en vigueur, de nombreux débats doctrinaux quant à la question de l'ordre économique que consacrait, ou non, la constitution. Sur ce point : C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, vol. 90, n° 2, p. 303.

nettement de consacrer la constitutionnalisation de l'économie de marché et pose le principe de neutralité économique de la Constitution :

« La loi fondamentale ne garantit ni la neutralité des pouvoirs exécutif et législatif en matière de politique économique, ni une “économie sociale de marché” réalisée exclusivement avec des moyens conformes au marché. La Loi fondamentale n'est neutre sur le plan de la politique économique que dans la mesure où le Constituant ne s'est pas explicitement prononcé pour un système économique particulier. Cela autorise le législateur à conduire la politique économique qui lui semble opportune dès lors qu'il respecte la Loi fondamentale. »⁸⁸¹

La Cour de Karlsruhe a donc donné une définition du principe de neutralité économique de la Constitution. Celui-ci n'implique pas la neutralité économique de l'État : il implique seulement que le choix d'un système économique particulier revienne au législateur, et non au constituant ou au juge constitutionnel. Ainsi, la Cour affirme une neutralité « ouverte » de la Loi fondamentale allemande, et refuse de constitutionnaliser l'économie sociale de marché, comme le souhaitaient les ordolibéraux.

282. Si le principe de neutralité économique de la Constitution n'interdit pas que la Constitution contienne des dispositions à caractère économique, il interdit que la Constitution fasse un choix *en faveur d'un ordre économique déterminé*⁸⁸². Il doit donc se comprendre comme la liberté laissée au législateur d'adopter la politique économique de son choix. Par conséquent, ainsi que l'expliquait le juge Holmes, la neutralité économique de la constitution est indispensable à l'idée d'autodétermination. En conséquence de ce principe, le rôle du juge constitutionnel est de préserver la neutralité de la Constitution et l'autonomie du Parlement en matière économique.

II. Les difficultés relatives à l'appréhension du Juste et du Bien

283. Si la multitude d'objets de la neutralité rend le principe difficile à appréhender, cette ambiguïté résulte également de la distinction entre ce qui relève de la neutralité, et ce qui n'en relève pas. La neutralité de l'État ayant été mise en œuvre de manière progressive et parcellaire, elle n'est pas, dans sa mise en œuvre, illimitée. De nombreuses interdictions existent toujours

⁸⁸¹ BVerfGE 4, 7 (20 juillet 1954), *op. cit.*, cité et traduit par C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », art. cit., p. 321.

⁸⁸² M.-L. DUSSART, *Constitution et économie*, *op. cit.*, p. 127.

dans les États libéraux, et toutes ne sont pas justifiées de manière neutre (A), ce qui témoigne du caractère progressif et mouvant de la neutralité (B).

A) Les interdictions de l'État neutre : les difficultés du paternalisme étatique

284. Les difficultés relatives au principe de neutralité de l'État ne sont pas seulement celles relatives à la multiplicité de ses objets, mais aussi celles relatives à l'articulation de ceux-ci avec les contours de la neutralité. Par son action, l'État a un impact inévitable sur les valeurs⁸⁸³ : lorsqu'il autorise ou qu'il interdit, il n'est nécessairement pas neutre. Il y a, ainsi, une ambivalence entre le fait que l'État soit neutre et le fait qu'il interdise. Pour R. Nozick, le fait que l'État interdise certains actes ne le rend pas nécessairement non-neutre⁸⁸⁴. Il s'agit donc de déterminer les raisons pour lesquelles l'État interdit afin de déterminer si ces interdictions portent atteinte à la neutralité⁸⁸⁵. Il faut distinguer le paternalisme de l'interdiction : certaines interdictions sont neutres, car elles ne sont pas justifiées par des valeurs morales, mais par la préservation du Juste et de la liberté d'autrui. Toutefois, les interdits « sont souvent analysés comme marquant une volonté paternaliste dépassée de protéger les personnes contre elles-mêmes »⁸⁸⁶.

285. La mise en œuvre de la neutralité et de son cadre correspond à une application du principe de non-nuisance (*harm principle*) de J. S. Mill : les comportements dangereux ne doivent pas être tolérés : l'État peut intervenir par la force pour « empêcher que du mal soit fait à autrui »⁸⁸⁷. L'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose en ce sens que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Les droits et libertés ne sont donc pas illimités : ils rencontrent des limites d'ordre public. Seul l'intérêt commun et l'ordre public peuvent justifier des limites à la neutralité. L'égale liberté dans la

⁸⁸³ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 213 et s.

⁸⁸⁴ R. NOZICK, *Anarchie, État et utopie, op. cit.*, p. 333 : « On pourrait penser que l'État minimal est aussi non neutre à l'égard de ses citoyens. Après tout, il fait respecter les contrats, les interdits sur les agressions, sur les vols, etc., et le résultat final du processus est que la situation économique des gens diffère. Alors que sans ces mises en application (ou avec certaines mises en vigueur) la distribution qui en résulte peut être différente et les positions relatives de certaines personnes peuvent être inversées. [...] Toutes les mises en vigueur d'une interdiction qui bénéficie aux gens de façon différentielle ne sont pas de nature à rendre l'État non neutre. ».

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 334 : « Le fait qu'un tel État [minimal] protège un processus qui marche avec des gens différemment pourvus suffirait à le condamner comme étant non neutre *seulement si* il n'y avait pas de justification indépendante des règlements et interdictions que cet État met en application ».

⁸⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 184.

⁸⁸⁷ J.S. MILL, *De la liberté, op. cit.*, p. 39.

poursuite des conceptions du bien, qui fonde le principe de neutralité, implique que l'État puisse intervenir dès lors que cette égale liberté n'est plus garantie. Il n'intervient alors non pas pour juger ou pour prendre position, mais pour défendre le cadre du Juste permettant la neutralité. Dans les États libéraux, la plupart des interdictions ne portent pas atteinte à la neutralité car elles ont pour but de protéger la liberté d'autrui, qui est la seule limite à la liberté individuelle dans l'idéologie libérale. Ainsi, l'interdiction de tuer, de voler, etc. sont justifiés par la liberté d'autrui : elles ne sont pas nécessairement fondées sur des considérations morales – ne remettant pas en cause, *a minima*, la neutralité des justifications. Il s'agit alors de distinguer les objectifs moraux de l'État, qui portent effectivement atteinte à la neutralité, des interdictions liées à l'objectif de protection de la liberté individuelle. L'État libéral devrait, conformément à l'exigence de neutralité, être « “neutre” ou “sans opinion” sur les grandes questions métaphysiques »⁸⁸⁸. Or, certains interdits des pays libéraux ne sont pas justifiés par les droits d'autrui, mais par la morale, à l'instar de la polygamie, de l'insémination post-mortem, de l'euthanasie ou encore de l'inceste – interdits qui, pour les « neutralistes », portent atteinte à la liberté de ceux pour qui ces pratiques font partie intégrante de leur conception du bien.

286. Le principe de neutralité s'applique aux conceptions du bien, afin de garantir, dans le cadre du Juste, la liberté de choix des individus. L'État ne devrait pas, pour remplir l'exigence de neutralité, adopter des normes paternalistes, qui sont – par nature – opposées à la conception libérale de l'individu. Pour I. Berlin, « le paternalisme revient à contraindre les hommes au nom de quelque chose de moins ultime qu'eux, à les plier à ma volonté ou à celle d'un autre qui désire son (ou leur) bonheur, sa (ou leur) sécurité ou qui agit par simple commodité »⁸⁸⁹. G. Dworkin le définit encore par « l'interférence avec la liberté d'action d'une personne justifiée par des raisons se rapportant exclusivement au bien-être, au bien, au bonheur, aux besoins, aux intérêts ou aux valeurs de la personne contrainte »⁸⁹⁰. Le paternalisme doit être distingué du *perfectionnisme*, qui s'oppose également à la neutralité, et qui est critiqué en tant qu'il soutiendrait le paternalisme⁸⁹¹. Il est intrinsèquement opposé à la neutralité de l'État qui interdit de mener vers une ou plusieurs conceptions privilégiées du bien, et donc d'intervenir dans la sphère privée pour mener les individus vers le Bien. Il est, ainsi que le formule E. Kant, « le

⁸⁸⁸ R. OGIEN, *La vie, la mort, l'État : le débat bioéthique*, coll. « Mondes vécus », Paris, Grasset, 2009, p. 10.

⁸⁸⁹ I. BERLIN, *Éloge de la liberté*, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁹⁰ G. DWORKIN, « Paternalism », *The Monist*, 1972, vol. 56, n° 1, p. 65 (traduction libre).

⁸⁹¹ S. CLARKE, « Debate: State Paternalism, Neutrality and Perfectionism* », *Journal of Political Philosophy*, mars 2006, vol. 14, n° 1, pp. 111-121. Dans cet article, l'auteur présente les différents arguments défendant la possibilité d'un perfectionnisme non paternaliste.

plus grand des despotismes »⁸⁹². En effet, le paternalisme s'oppose à la liberté morale qui est « procédurale, non finalisée », car le « droit n'a pas pour fonction de moraliser les comportements dans la sphère privée »⁸⁹³. Il n'est pas compatible avec l'idée libérale selon laquelle les interdictions sont justifiées uniquement en cas d'atteinte à la liberté d'autrui ou à l'ordre public. Par conséquent, l'existence de normes paternalistes semble traduire l'idée selon laquelle la neutralité de l'État est impossible : elle représente nécessairement un « oxymore » parce que « toute règle de droit emporte une légitimation et suppose donc un jugement de valeur : certaines actions sont autorisées et d'autres interdites, certains comportements sont favorisés et d'autres découragés, etc. »⁸⁹⁴. Toutefois, le paternalisme, peut, dans une certaine mesure, être compatible avec le libéralisme⁸⁹⁵, sur les sujets de santé publique par exemple, lorsque les interdictions ou les interventions de l'État visent, en dernier ressort, à protéger les biens primaires⁸⁹⁶, ou les conceptions non controversées du bien. Pour T. Nagel, le libéralisme est compatible avec « certaines formes élémentaires de paternalisme », dans les cas où « nous ne trouvons aucune valeur impersonnelle qui puisse entrer en compétition avec les valeurs de santé, de vie et de sécurité »⁸⁹⁷. Pour R. Merrill, le paternalisme peut être compatible avec la neutralité⁸⁹⁸. Pour l'auteur, le paternalisme « doux », c'est-à-dire non pas coercitif mais incitatif, qu'il articule avec un perfectionnisme modéré, peut être compatible de différentes manières avec la neutralité. Cette vision est rejetée par M. Fabre-Magnan, et certains libertariens, au motif que le paternalisme incitatif mène à la normalisation des modes de vie et ne permet pas de réelle liberté de choix⁸⁹⁹. Le libéralisme s'accommode également d'un certain degré de paternalisme visant à protéger l'autonomie de ceux qui voudrait s'asservir à autrui ou se mettre en danger⁹⁰⁰, car la liberté implique de ne pas aliéner sa liberté⁹⁰¹, ce qui justifie de nombreuses interdictions comme la prostitution, la drogue, l'euthanasie, la vente d'organes, l'inceste, le

⁸⁹² E. KANT, *Théorie et pratique*, II, 1, cité par V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit., p. 37.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁹⁴ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 214.

⁸⁹⁵ C.R. SUNSTEIN et R.H. THALER, « Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron », *The University of Chicago Law Review*, Autumn 2003, vol. 70, n° 4, pp. 1159-1202. Dans cet article, R. H. Thaler et C. Sunstein développent le concept de « paternalisme libéral », qui traduit l'idée que l'État libéral peut – non par la contrainte mais par la persuasion – encourager les individus à faire le bon choix. Cette vision fut particulièrement critiquée (voir par exemple, en réponse directe à l'article de C.R. Sunstein et R.H. Thaler : G. MITCHELL, « Libertarian Paternalism Is an Oxymoron », *Northwestern University Law Review*, 2005, vol. 99, n° 3, pp. 1245-1277).

⁸⁹⁶ S. CLARKE, « Debate », op. cit. Pour une critique de la théorie de S. Clarke, voir : R. MERRILL, « Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », art. cit., p. 32 et s.

⁸⁹⁷ T. NAGEL, « Conflit moral et légitimité politique », art. cit., p. 66.

⁸⁹⁸ R. MERRILL, « Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », art. cit.

⁸⁹⁹ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., pp. 211-213.

⁹⁰⁰ G. DWORKIN, « Paternalism », art. cit.

⁹⁰¹ J.S. MILL, *De la liberté*, op. cit.

suicide, etc⁹⁰². C'est également le cas des sectes, cas dans lequel apparaît la notion de dangerosité. Les sectes n'ont toutefois pas le même traitement selon les pays, car leur interdiction porte atteinte à la liberté de culte et à la liberté de conscience. Dans le cas des sectes, la question est de savoir si « l'aliénation de sa liberté à laquelle l'adepte consent est précisément [ou non] l'exercice de cette même liberté »⁹⁰³. La distinction entre les sectes et les religions n'est pas la norme dans les pays libéraux. En Europe, elle est plutôt une « singularité française »⁹⁰⁴, et belge⁹⁰⁵, particulièrement stricts sur la question des sectes⁹⁰⁶.

287. Le paternalisme, dans les États libéraux, est identifié dans certaines normes ou interdictions adoptés par les États et justifiés par des valeurs, à l'instar de l'euthanasie ou de la prostitution. Tous les débats sociétaux – l'avortement, la gestation pour autrui, l'euthanasie, etc. – ont trait à la neutralité car, en interdisant certaines actions, l'État limite les conceptions du bien des individus. En droit de la famille ou encore en bioéthique, les normes reflètent un jugement de valeurs : l'ensemble du débat bioéthique est un débat moral. La bioéthique porte également atteinte à la neutralité des justifications, et correspond à l'éthique minimale des sociétés libérales. Les débats autour de la bioéthique et des difficultés qu'elle soulève s'inscrivent directement dans la question de la coexistence de conceptions controversées du bien, de même que la plupart des débats de société. Ces sujets touchent directement aux croyances que chacun a de la vie humaine. Ce sont donc des croyances compréhensives, souvent controversées, qui devraient – selon les libéraux neutralistes – relever de la sphère privée. Toutefois, la difficulté est que ces croyances ne sont pas uniquement privées : la possibilité d'avorter par exemple, ou celle d'avoir recours à l'insémination artificielle post-mortem, nécessite d'être autorisée par l'État, et nécessite que celui-ci prenne position – même si celle-ci demeure indirecte⁹⁰⁷ – sur ce qui est protégé ou non par le droit à la vie. Ces questions se situent entre le privé et le public : d'un côté, elles relèvent des croyances individuelles et de

⁹⁰² M.-A. DILHAC, « Neutralité religieuse et partialité économique. Sur une contradiction apparente du libéralisme politique », *Éthique, politique, religions*, 2017, vol. 2, n° 11, pp. 35-51.

⁹⁰³ C. DUVERT, *Sectes et droit*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 40.

⁹⁰⁴ N. LUCA, « Quelles politiques face aux sectes ? La singularité française », *Critique internationale*, 2002, vol. 17, n° 4, p. 105.

⁹⁰⁵ W. FAUTRE, « Cults: Do Democracies Need Laws of Exception? The Belgian Experience », in P. COTE et T.J. GUNN (éds.), *La nouvelle question religieuse. Régulation ou ingérence de l'État ? / The New Religious Question. State Regulation of State Interference?*, coll. « Dieux, Hommes et Religions », n° 9, New-York, PIE-P. Lang, 2006, pp. 93-111.

⁹⁰⁶ P. COTE, « Considérations sur l'émergence et la formulation de lois portant sur les sectes en France et en Belgique », in P. COTE et T.J. GUNN (éds.), *La nouvelle question religieuse. Régulation ou ingérence de l'État ? / The New Religious Question. State Regulation of State Interference ?*, coll. « Dieux, Hommes et Religions », n° 9, New-York, PIE-P. Lang, 2006, pp. 285-342.

⁹⁰⁷ Voir *infra*, § 303.

l'autre, elles sont éminemment politiques⁹⁰⁸. Ainsi, sur ces questions, en dépit de l'idéal de neutralité libérale, l'État ne pourrait être totalement neutre⁹⁰⁹, la neutralité procédurale ne permettant pas de répondre à certaines questions⁹¹⁰. Le débat bioéthique, par exemple, a rendu indispensable une réflexion autour des valeurs, et soulève d'importantes questions relatives à la philosophie politique et à sa retranscription juridique⁹¹¹, dont l'exemple « type », en France, est celui de l'affaire Perruche, la controverse qu'elle a entraîné « y compris dans sa forme juridique, [étant] avant tout politique »⁹¹². De fait, l'ensemble des pays se sont dotés de commissions de réflexion ou comités autour de ces débats bioéthiques⁹¹³. Si certains pays font le choix d'une « stratégie de l'évitement » en utilisant la balance classique des « libertés individuelles (la règle) avec les prérogatives de l'État (l'exception) »⁹¹⁴, tels que les États-Unis⁹¹⁵, le choix de valeurs inhérent à la bioéthique semble difficilement compatible avec le libéralisme politique. D'où la volonté de certains auteurs d'élaborer une éthique délibérative susceptible d'être appliquée à la bioéthique⁹¹⁶. Pour certains auteurs, la bioéthique porte atteinte à la liberté : ces interdits ne seraient alors pas justifiés car les choix relatifs à la vie et à la mort – tels que l'euthanasie ou encore la gestation pour autrui – sont des *choix personnels*⁹¹⁷. En interdisant certaines pratiques, comme l'euthanasie, « toutes ces lois, si raisonnables en apparence, traitent des citoyens adultes en mineurs »⁹¹⁸, et l'action de l'État est alors

⁹⁰⁸ C'est notamment ce que soutiennent A. Gutmann et D. Thompson, en utilisant l'exemple de l'avortement : A. GUTMANN et D. THOMPSON, « Moral Conflict and Political Consensus », art. cit.

⁹⁰⁹ F. BELLIVIER, « Bioéthique, bioéquité, libertés et État : à propos de l'éthique minimaliste de R. Ogien », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Bioethique-bioequite-libertes-et-Etat-a-propos-de-l-ethique-minimaliste-de-R-Ogien-291.html>. : En analysant la thèse de la neutralité morale défendue par R. Ogien, l'auteur défend l'impossibilité pour l'État d'être neutre sur les questions de bioéthique notamment, car plus les désaccords sont nombreux – entre les individus et l'État ou entre les individus entre eux – plus l'État « sera amené à trancher, par la justice, des conflits entre citoyens et, par-là, à faire prévaloir une certaine idée de la justice et de la morale publiques ».

⁹¹⁰ C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 12.

⁹¹¹ C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée*, op. cit. ; « La bioéthique entre philosophie politique, éthique de la vulnérabilité et technique juridique : Autour d'un livre de Corine Pelluchon, *l'autonomie brisée*. Bioéthique et philosophie, PUF, « Léviathan », 2009. », *Droits*, 2010, vol. 51, n° 1, p. 111.

⁹¹² S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, coll. « Repères », Paris, La Découverte, 2009, p. 5.

⁹¹³ Par exemple, le Comité consultatif national d'éthique en France, créé en 1983, le *Nuffield Council on Bioethics* au Royaume-Uni, créé en 1991, ou encore le *Destcher Ethikrat* en Allemagne, créé en 2008. Les premières lois bioéthiques apparaissent à la toute fin du XX^e siècle, par exemple au Royaume-Uni, les premières lois bioéthiques (*Human Fertilisation and Embryology Act*) datent de 1990. Aux États-Unis, les premiers rapports sur la bioéthique sont publiés au début des années 2000 (Léon Kass, *Human Cloning and Human Dignity*, The Report of the President's Council on Bioethics, New-York, Public Affairs, 2002 ; *Beyond therapy*, Washington (DC), Octobre 2003 ; *Monitoring Stem Cell Research*, January 2004 ; *Reproduction and Responsibility*, March 2004 (www.bioethics.gov)).

⁹¹⁴ O. CAYLA et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique », in M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3, Suprémie de la Constitution*, coll. « Traité Dalloz », Paris, Dalloz, 2012, p. 569.

⁹¹⁵ O. CAYLA et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique », art. cit.

⁹¹⁶ *Ibid.*, pp. 576-577.

⁹¹⁷ R. OGIEEN, *La vie, la mort, l'État*, op. cit.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 14.

paternaliste, et porte atteinte « principe de neutralité éthique de l'État »⁹¹⁹, d'abord, parce que ces interdictions sont fondées sur des considérations morales, et ensuite car elles ne permettent pas le pluralisme moral⁹²⁰. Les règles adoptées sur les sujets controversés relatif à la bioéthique sont loin d'être similaires en fonction des États. L'euthanasie est, par exemple, autorisée dans certains pays, interdite dans d'autres, de même que la recherche embryonnaire. Les règles relatives à l'interruption volontaire de grossesse font l'objet de régimes très variés : elle est – rarement – totalement interdite, comme à Andorre ou à Malte, ou encore autorisée jusqu'à un stade avancé de la grossesse, à l'instar du Royaume-Uni qui l'autorise jusqu'à 24 semaines. En droit international, la bioéthique fait l'objet de nombreux textes, parmi lesquels la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme de 2005. Dans la plupart des pays libéraux, le droit de la bioéthique est régi par la *loi* – correspondant à la portée étroite du principe de neutralité car celui-ci ne s'applique pas à la loi, mais le droit de la bioéthique semble toutefois, avant tout, être « un droit foncièrement constitutionnel, même s'il ne se présente pas toujours formellement comme tel »⁹²¹. L'inscription de règles bioéthiques n'est pas souhaitable au sein de la Constitution⁹²², précisément car les contours de la neutralité sont mouvants et ont vocation à s'adapter à l'évolution des mœurs.

288. S'il est possible d'envisager un paternalisme compatible avec le libéralisme, il représente, toutefois, une limite à la neutralité libérale, et témoigne à la fois du malaise dans l'application de la neutralité, notamment morale, et surtout du caractère évolutif de la neutralité et de son cadre. De fait, les limites identifiées dans les normes paternalistes reflètent l'indistinction entre le Juste et le Bien, et le caractère mouvant de leurs frontières, ce qui porte atteinte à l'intelligibilité du principe de neutralité.

B) L'évolution des contours de la neutralité

289. La neutralité de l'État est indissociablement liée à l'évolution des mœurs. En cela, le juge constitutionnel a une importance fondamentale dans l'application du principe de neutralité car il détermine nécessairement, dans une certaine mesure, les contours du principe et son évolution. L'État libéral depuis son origine, n'a pas été neutre, mais il tend à un idéal de neutralité, ce qui implique une évolution dans les normes qui suivent l'évolution des mœurs.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 108.

⁹²⁰ *Ibid.*, pp. 111-112.

⁹²¹ O. CAYLA et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Bioéthique », art. cit., p. 565.

⁹²² *Ibid.*, p. 580.

Ce qui, hier, relevait du Bien, peut relever aujourd'hui, ou demain, du Juste. Le droit de la famille par exemple, à travers l'institution du mariage ou les règles relatives à la procréation est issu d'une conception judéo-chrétienne de celle-ci. Ainsi lorsque, hier, l'État français réservait la procréation médicalement assistée aux couples hétérosexuels, il incarnait la vision – ancrée dans la tradition judéo-chrétienne – selon laquelle seule l'hétérosexualité devait être la norme, empêchant les couples homosexuels et les individus célibataires de poursuivre leur conception du bien⁹²³. Au Mexique, les débats autour de la légalisation de l'avortement ont mis en lumière l'emprise du religieux, les organes de l'État, « notamment par le biais du représentant de la Commission, [ont] avancé des arguments métaphysiques et religieux afin de faire constater l'inconstitutionnalité de cette mesure »⁹²⁴. Les limites morales fixées par l'État, par exemple en droit de la famille, sont indissolublement liées à l'héritage judéo-chrétien des nations contemporaines, et sont amenées à évoluer à mesure de l'extension du cadre du Juste. Là se trouve tout le « malaise » dans la neutralité : l'indétermination et le caractère fluctuant du Bien, du Juste, et de leur distinction. Lorsqu'en France, la question se pose – au lendemain du renversement de *Roe v. Wade* – d'inscrire l'avortement au sein de la Constitution⁹²⁵, la question sous-jacente est celle de savoir si le droit à l'avortement relève du Juste ou du Bien. Les constitutions, *a fortiori* au sens matériel, ont nécessairement un contenu axiologique, car elles ont pour objectif de « concrétiser dans la réalité institutionnelle des valeurs sociales d'un certain genre », qui varient selon les États – y compris au sein des États libéraux⁹²⁶. Le droit constitutionnel, ainsi que le formule D. Baranger, a toujours été pensé comme un « antidote à ce conflit de valeurs »⁹²⁷.

⁹²³ D. BORILLO, É. FASSIN et C. MECARY, « Mariage et adoptions pour tous, PMA pour certains ? », *Le Monde*, 7 novembre 2012.

⁹²⁴ C. CERDA-GUZMAN, « La laïcité mexicaine », *Pouvoirs*, 2019, n° 4, p. 105.

⁹²⁵ Par exemple : S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN et S. SLAMA, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme*, juillet 2022, disponible sur <http://journals.openedition.org/revdh/14979> ; A. LEVADE, « Inscrire le droit à l'avortement dans notre Constitution, une proposition ni justifiée ni pertinente », *Club des juristes*, 27 juin 2022, disponible sur <https://blog.leclubdesjuristes.com/inscrire-le-droit-a-lavortement-dans-notre-constitution-une-proposition-ni-justifiee-ni-pertinente-par-anne-levade-professeur-de-droit-public-a-luniversite-paris-l-pantheon-sorbonne-membre-du/> ; B. MATHIEU, « L'avortement n'est pas un droit fondamental, mais une liberté fondamentale », *La Croix*, 27 juin 2022, disponible sur <https://www.la-croix.com/Debats/Lavortement-nest-pas-droit-fondamental-liberte-fondamentale-2022-06-27-1201222238> ; A.-M. LE POURHIET, « Inscrire l'IVG dans la Constitution est inutile et insensé », *Marianne*, 27 juin 2022, disponible sur <https://www.marianne.net/agora/entretiens-et-debats/inscrire-livg-dans-la-constitution-est-inutile-et-insense>.

⁹²⁶ D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 2009, n° 3, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Le-piege-du-droit-constitutionnel-146.html>.

⁹²⁷ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2012, vol. 7, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>.

290. Ces questions morales, ainsi que l’a témoigné l’affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, soulève la difficulté du rôle du juge dans les conflits de valeurs⁹²⁸. Le rôle du juge, en particulier du juge constitutionnel, est fondamental en matière de mœurs. Il a alors une fonction de « police des mœurs et de la pensée »⁹²⁹, de « gardien des valeurs »⁹³⁰. Sa fonction est d’autant plus importante dans un État libéral qui admet une pluralité de croyances et de modes de vie : le juge devra alors nécessairement arbitrer entre les valeurs. Il prend nécessairement acte des évolutions sociétales relatives aux mœurs. Au Canada, avant la loi de 2005 autorisant le mariage entre personne du même sexe, les tribunaux avaient, dans la plupart des provinces, déjà légalisé le mariage homosexuel⁹³¹. En 1957, la Cour constitutionnelle allemande jugeait que les actes homosexuels étaient « une violation manifeste des bonnes mœurs », et pris acte, en 2013, du jugement dans la « perception sociale de l’homosexualité »⁹³².

291. La question du juge et de l’interprétation de la Constitution était au cœur de la querelle des principes neutres aux États-Unis⁹³³, déclenché par H. Weschler⁹³⁴ à la fin des années 1950. Cette querelle, qui portait sur le *judicial review*, portait sur l’interprétation de la Constitution et le rôle du juge. Pour H. Weschler, lorsqu’ils analysent les dispositions de la Constitution, les juges doivent se référer à des « principes neutres » :

« les tribunaux ont le droit et le devoir, lorsqu’ils sont valablement saisis d’un litige, de contrôler les actes des autres branches du gouvernement à la lumière des dispositions de la Constitution, même lorsque, comme il est inévitable, ces actes supposent des choix de valeur (*value choices*). Mais ce faisant, ils sont tenus d’agir autrement que comme un pur organe de pouvoir (*naked power organ*) ; ils participent [à la vie politique] en tant que cours de justice. On ne peut donc pas éluder la question de savoir ce qui confère une qualité juridique aux choix qu’ils opèrent. La réponse, d’après moi, tient fondamentalement à ce que leurs choix sont – ou sont tenus d’être – intégralement fondés sur des principes. Une décision fondée sur des principes, au sens où je l’entends, est une décision qui envisage tous les aspects d’une affaire en reposant sur des raisons, raisons qui, par leur généralité et leur neutralité,

⁹²⁸ B. LE BAUT-FERRARESE, « La Cour européenne des droits de l’homme et les droits du malade : la consécration par l’arrêt *Pretty* du droit au refus de soin », *AJDA*, 2003, n° 26, p. 1383.

⁹²⁹ B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, op. cit., p. 110.

⁹³⁰ V. FORTIER (éd.), *Le juge, gardien des valeurs*, coll. « CNRS droit », Paris, CNRS éditions, 2007.

⁹³¹ Par exemple : *Barbeau v. British Columbia (AG)*, 2003 BCCA 251.

⁹³² T. HOCHMANN, « Le mariage entre personnes de même sexe – l’exemple de l’Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2016, vol. 31, n° 2015, pp. 91-98.

⁹³³ G. CALVES, « Le juge constitutionnel entre droit et politique : Une brève présentation de la querelle des « principes neutres » », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Le-juge-constitutionnel-entre-droit-et-politique-Une-breve-presentations-de-la-querelle-des-principes-neutres-301.html>.

⁹³⁴ H. WECHSLER, « Toward Neutral Principles of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, novembre 1959, vol. 73, n° 1, pp. 1-35.

dépassent la solution dégagée en l'espèce. Lorsqu'aucune raison de ce genre ne peut être trouvée pour renverser les choix de valeurs des autres branches du Gouvernement ou d'un État fédéré, ces choix, bien évidemment, doivent être maintenus ». ⁹³⁵

Ils doivent donc respecter la neutralité des *justifications* : leur interprétation de la Constitution ne peut être politique, elle doit être juridique, et donc se référer à des principes neutres. Si la Constitution revêt un contenu qui peut avoir une portée politique, et que son interprétation peut porter donc sur des questions politiques, les juges ne doivent pas prendre parti sur les valeurs : ils doivent se référer aux principes neutres pour régler le litige, et non prendre parti en cas de conflit de valeurs. Le juge doit alors être « indifférent au progrès moral, politique et social de l'Amérique » ⁹³⁶. Toutefois, au lendemain de *Roe v. Wade*, la doctrine américaine s'interrogeait autour de la question de savoir si la Cour suprême impose des choix de valeurs ⁹³⁷. La récente remise en cause, par la Cour suprême des États-Unis, de *Roe v. Wade* témoigne du rôle du juge constitutionnel en matière de mœurs, quand bien même l'avortement relevait de la protection du XIV^e Amendement. La difficulté principale, concernant le juge constitutionnel, est de relever les lois et politiques qui vont altérer la structure de base de l'État. Le juge est alors le gardien des contours de la neutralité, qu'il peut faire évoluer.

§ 2. La mise en œuvre de la neutralité-indifférence

292. L'apparition progressive de l'exigence de neutralité dans les États contemporains, dans ses multiples objets, obéit à une double logique relative à sa mise en œuvre. La première est d'abord celle de la *non-intervention* de l'État : dans ses origines – celles de la tolérance civile – mais aussi dans ses premières manifestations explicites, la logique de l'État neutre est celle du *retrait* de l'État dans une perspective d'accroissement de la liberté des individus (I). La seconde est celle de la *non-discrimination* – source d'une démultiplication de son objet (II). Ces deux versants de l'exigence de neutralité répondent à un idéal d'égale liberté des individus.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 9, cité et traduit par G. CALVES, « Le juge constitutionnel entre droit et politique : Une brève présentation de la querelle des « principes neutres » », art. cit.

⁹³⁶ G. CALVES, « Le juge constitutionnel entre droit et politique : Une brève présentation de la querelle des « principes neutres » », art. cit.

⁹³⁷ J.H. ELY, « The wages of crying wold: A comment on *Roe v. Wade* », *Yale Law Journal*, 1973, vol. 82, n° 1973, pp. 920-949, cité par G. SCOFFONI, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, vol. 51, n° 2, p. 248.

I. L'exigence de non-intervention

293. Les premières réflexions liées au principe de neutralité de l'État s'interrogeaient sur le rôle de l'État et la légitimité de son action. À cette question, la réponse libérale fut celle du retrait de l'État : celui-ci devait se désengager de toutes les questions relatives aux croyances et aux modes de vie des citoyens. À l'aube de l'État moderne, la neutralité supposait que l'État s'*abstienne* d'agir par la contrainte dans le domaine du Bien, afin de garantir la liberté individuelle. L'idéal libéral de société est un idéal de non-intervention, de retrait de l'État. Cette mise en œuvre *passive* de la neutralité – qui sera progressivement remise en cause⁹³⁸ – est, historiquement, la première forme de neutralité apparue dans les États libéraux, et portait sur les questions religieuses. Cette exigence de retrait a pris différentes formes dans les États modernes.

294. L'exigence d'abstention de l'État dans la sphère des croyances a pris la forme, dans certains États, d'une *séparation* entre l'État et la religion. La non-intervention est alors celle de l'État par rapport, à la fois aux organisations religieuses, et aux individus. Cette forme de séparation stricte correspond à une non-intervention envisagée au sens large. Elle a, par exemple, été mise en œuvre aux États-Unis. Le Premier Amendement à la Constitution garantit la liberté religieuse par la clause de libre-exercice, qui dispose que le Congrès ne doit faire « aucune loi ayant pour effet d'interdire le libre exercice d'une religion », et la clause de non-établissement, qui dispose que le Congrès ne doit faire « aucune loi établissant une religion quelconque comme religion d'État ». Si le principe de neutralité n'est pas directement nommé, ces deux clauses énoncent explicitement une exigence de non-intervention de l'État : l'État ne peut user de son pouvoir de contrainte dans la sphère religieuse. Le Premier Amendement fut interprété comme impliquant un « mur de séparation » – ainsi que le nommait le Président Jefferson⁹³⁹ – entre les Églises et l'État. La clause de non-établissement joue le même rôle que le principe de neutralité, mais elle est plus stricte car elle implique l'interdiction de toute participation financière de l'État dans les cultes, y compris « dispensée de façon égalitaire »⁹⁴⁰, et l'interdiction pour l'État d'aider les cultes « de quelque manière que ce soit »⁹⁴¹, ce qui fait

⁹³⁸ Voir *infra*, Partie II.

⁹³⁹ La formule fut toutefois inventée par R. Williams (J. BAUBEROT et M. MILOT, *Laïcités sans frontières*, *op. cit.*, pp. 34-36).

⁹⁴⁰ J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de McGill*, 1998, vol. 43, n° 3, p. 375.

⁹⁴¹ É. ZOLLER, « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste », *art. cit.*, p. 7.

l'objet de plusieurs critiques⁹⁴². La neutralité, dans le modèle américain, est « toujours négative en ce sens que l'État ne peut jamais opprimer une religion, mais d'un autre côté il ne peut jamais en avantager une »⁹⁴³. D'autres pays ont mis en œuvre la neutralité par une séparation stricte entre les Églises et l'État, à l'instar de la France⁹⁴⁴, ou encore du Mexique, qui mit en œuvre, dans la Constitution de 1919, une laïcité « combative »⁹⁴⁵, caractérisée par une séparation stricte entre les Églises et les États, à la fois matérielle et organique – qui s'est toutefois assouplie depuis la fin du XX^e siècle. Dans les systèmes de séparation stricte, l'exigence de non-intervention est d'abord celle de l'État par rapport aux groupes religieux, et non par rapport aux individus en eux-mêmes.

295. L'exigence de non-intervention se traduit de manière différente dans les systèmes ne connaissant pas de séparation entre les Églises et l'État, c'est-à-dire ceux qui connaissent une religion d'État. C'est le cas, par exemple, du Royaume-Uni, où le monarque est le chef de l'Église anglicane. Le Danemark a également une confession officielle – l'Église protestante luthérienne. En Grèce également, il n'y a pas de séparation entre l'Église et l'État : la Constitution indique explicitement que la religion « dominante » est l'Église orthodoxe⁹⁴⁶. De même, la Constitution de Malte affirme que « la religion de Malte est la religion catholique apostolique romaine ». Dans ces pays, l'État ne peut être que partiellement neutre car il représente une religion : la religion ne relève alors pas uniquement de la sphère privée, mais également de la sphère publique. Toutefois, l'exigence d'abstention est mise en œuvre par la reconnaissance de la liberté religieuse, qui implique que l'État s'abstienne d'utiliser la contrainte dans le domaine des croyances. L'exigence de neutralité alors celle de l'État par rapport aux *individus*, et non pas par rapport aux groupes religieux. En ce sens, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré que l'existence d'une religion d'État ne contrevenait pas à l'article 9⁹⁴⁷, consacrant alors de manière implicite une conception de la neutralité comme non-coercition⁹⁴⁸. Elle précise que l'existence d'une religion d'État ne doit pas avoir pour conséquence de forcer les individus à faire partie d'une Église, ou de la quitter⁹⁴⁹.

⁹⁴² J.-F. SPITZ, « Le sécularisme aux États-Unis. Réflexions sur le mur de séparation », *Droits*, 2014, vol. 59, n° 1, pp. 103-122.

⁹⁴³ É. ZOLLER, « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste », art. cit., p. 10.

⁹⁴⁴ Voir *infra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 2.

⁹⁴⁵ C. CERDA-GUZMAN, « La laïcité mexicaine », art. cit.

⁹⁴⁶ La religion d'État est l'Église grecque-orthodoxe. Le Préambule mentionne explicitement la « Sainte Trinité, consubstantielle et indivisible ».

⁹⁴⁷ Comm. EDH, 9 mai 1989, *Darby v. Sweden*, req. n°11581/85, § 45.

⁹⁴⁸ J. RINGELHEIM, « State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach », *Oxford Journal of Law and Religion*, février 2017, vol. 6, n° 1, p. 34.

⁹⁴⁹ Comm. EDH, 9 mai 1989, *Darby v. Sweden*, req. n°11581/85, § 45.

La CEDH protège la liberté de conscience et de religion à l'article 9, mais ne rend sa première décision relative à la liberté religieuse qu'en 1993⁹⁵⁰. Elle mentionne l'exigence de neutralité de l'État dans l'arrêt *Manoussakis et autres c. Grèce*, dans lequel elle dit explicitement que « [l]e droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci »⁹⁵¹, la neutralité prenant alors le sens d'impartialité. L'obligation explicite de neutralité apparaît quant à elle dans un arrêt de 2000, dans lequel la Cour pose une exigence de non-ingérence découlant de l'article 9 :

« [E]lle estime qu'en présence de faits démontrant un manquement des autorités à leur obligation de neutralité dans l'exercice de leurs pouvoirs en la matière, il y a lieu de conclure que l'État a porté atteinte à la liberté des fidèles de manifester leur religion au sens de l'article 9 de la Convention. Elle rappelle que, sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci. Des mesures de l'État favorisant un dirigeant d'une communauté religieuse divisée ou visant à contraindre la communauté, contre ses propres souhaits, à se placer sous une direction unique constitueraient également une atteinte à la liberté de religion. Dans une société démocratique, l'État n'a pas besoin de prendre des mesures pour garantir que les communautés religieuses demeurent ou soient placées sous une direction unique [...]. »⁹⁵²

L'obligation de neutralité apparaît alors explicitement. Toutefois, au regard de la formulation employée par la Cour, elle existait déjà, bien que n'ayant pas été explicitement consacrée. La Cour précise, par ailleurs, que l'État exerce « un rôle d'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes ou croyances »⁹⁵³. Si elle reconnaît les différents régimes de relations entre l'État et les Églises⁹⁵⁴, et considère que la religion d'État s'accorde, dans une certaine mesure, avec le principe de neutralité, tel n'est pas le cas de l'État théocratique, incompatible avec l'exigence de neutralité et l'article 9 de la CEDH⁹⁵⁵.

296. Outre le cas de la religion d'État, il y a également les cas de liens entre l'État et les religions, sans que l'État n'ait de religion officielle. C'est le cas, par exemple, de l'Allemagne,

⁹⁵⁰ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n°14307/88.

⁹⁵¹ CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis et autres c. Grèce*, req. n°18748/91, § 47 (nous soulignons).

⁹⁵² CEDH, GC, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, req. n°30985/96, § 78.

⁹⁵³ CEDH, GC, 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n°23459/03, § 120.

⁹⁵⁴ CEDH, GC, 26 avril 2016, *Izzetin Dogan et autres c. Turquie*, req. n°62649/10.

⁹⁵⁵ CEDH, GC, 13 février 2003, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, Req. n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 119.

de la Belgique, des Pays-Bas, de l'Italie, du Luxembourg, ou encore de l'Irlande, dans lesquels l'État a conservé des liens avec les religions. En Espagne également, l'article 16-3 dispose qu'« [a]ucune confession n'est religion d'État », mais ajoute que « [l]es pouvoirs publics tiennent compte des croyances religieuses de la société espagnole et maintiendront des relations privilégiées avec l'Église catholique et d'autres confessions ». Dans ces pays, l'Église et l'État ont des relations juridiques, dont les règles sont fixées par la Constitution. Toutefois, la liberté de conscience et de religion est garantie, faisant également l'objet de dispositions constitutionnelles. Ces pays mettent en œuvre le principe de neutralité par rapport aux *individus*. En Allemagne, par exemple, l'exigence de non-intervention découle de l'article 136 de la Constitution de Weimar intégré à la Loi fondamentale de 1949 par l'article 140, dont l'alinéa 3 dispose que « [n]ul n'est obligé de révéler ses croyances », et dont l'alinéa 4 dispose que « [n]ul ne peut être astreint à un acte cultuel, ni à une solennité culturelle, ni à participer à des exercices religieux, ni à se servir d'une formule religieuse de serment ». Dans le même sens, l'alinéa 2 de l'article 137 dispose que les sociétés religieuses « peuvent se fédérer sans restriction à l'intérieur du territoire du Reich » et l'alinéa 3 précise que chaque société religieuse « confère ses fonctions sans la participation de l'État ou de la commune civile ». Dans le cas de séparation souple, la neutralité n'implique pas l'absence d'aide financière aux religions. Toutefois, l'absence de séparation totale n'implique pas l'absence de neutralité, car l'État n'intervient pas par la contrainte dans le domaine religieux.

297. Ainsi, la non-intervention inhérente à la neutralité ne se traduit pas obligatoirement par la séparation des Églises et de l'État, qui est seulement un *moyen possible* d'assurer la neutralité de l'État à l'égard des religions, mais qui n'est pas – à elle seule – la seule garantie de la non-intervention. Ainsi que le formule J. Baubérot, « [a]u fil des processus d'émancipation des États par rapport à la puissance religieuse, la séparation ne représente jamais la visée première de l'organisation politique », « [q]ue la séparation ait suivi la logique du combat (comme en France) ou celles des changements pas à pas (comme au Canada), sa nécessité s'inscrit dans l'ordre des moyens pour garantir ce qui est véritablement recherché, à savoir l'égalité entre tous les membres de la société, quelles que soient leurs convictions religieuses ou philosophiques, et la liberté de croire ou de ne pas croire »⁹⁵⁶.

298. La CEDH a une interprétation souple du principe de neutralité : dans l'arrêt *Lautsi c. Italie*, elle considère que la neutralité n'a pas besoin d'être absolue pour être atteinte⁹⁵⁷. De

⁹⁵⁶ J. BAUBÉROT et M. MILOT, *Laïcités sans frontières*, op. cit., p. 75.

⁹⁵⁷ CEDH, GC, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, req. n°30814/06, § 74.

fait, la CEDH a dégagé une exigence de neutralité permettant de s'adapter à la diversité des modèles la mettant en œuvre. Pour J. Baubérot, la jurisprudence de la CEDH induit « en général une sorte de “laïcité des conséquences” : sans empêcher l'exigence de religions reconnues, elle interdit que celles-ci ne contreviennent au “pluralisme consubstantiel” à une “société démocratique” et “bien précieux” pour les croyants, “les athées [et] les agnostiques” »⁹⁵⁸. La CEDH a lié l'obligation de neutralité à l'article 9, mais, en raison de la diversité des modèles, les exigences relatives à celles-ci sont particulièrement floues. D'aucuns soulèvent que la diversité des conceptions de la neutralité coexistant dans la jurisprudence de la CEDH nuise à la cohérence du concept de neutralité confessionnelle⁹⁵⁹. La CEDH a d'abord interprété la neutralité comme obligation de non-ingérence⁹⁶⁰. La liberté religieuse requiert, dans la jurisprudence de la CEDH, un élément de respect – donné dès la première décision relative à la liberté religieuse⁹⁶¹ et régulièrement confirmé depuis⁹⁶². En ce sens, la conciliation entre le prosélytisme inhérent à la liberté religieuse et le respect des convictions des individus témoigne du rôle d'arbitre de l'État⁹⁶³, qui doit « assurer à ceux qui professent [leurs] croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9 »⁹⁶⁴. Elle a également précisé que le principe de non-intervention ne s'applique pas seulement aux individus, mais aussi au fonctionnement des communautés religieuses⁹⁶⁵. La non-intervention permet le respect de l'autonomie, non seulement individuelle, mais aussi de l'autonomie des organisations religieuses.

299. La neutralité peut faire l'objet de différentes mises en œuvre : elle correspond aussi bien à la séparation stricte entre la sphère publique et la sphère privée, qu'à l'idée – plus courante – d'absence de coercition de l'État dans le domaine spirituel. En revanche, la neutralité au sens d'impartialité, ou absence de préférence, est plus rare, la majorité des modèles présentant une religion officielle ou une religion « dominante », ce qui porte atteinte à la dimension d'impartialité relative à la neutralité. La neutralité renvoie majoritairement à l'idée

⁹⁵⁸ J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, coll. « Que sais-je ? », n° 3794, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, p. 102.

⁹⁵⁹ J. RINGELHEIM, « State Religious Neutrality as a Common European Standard? », art. cit.

⁹⁶⁰ CEDH, GC, 26 octobre 2000, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, req. n°30985/96, § 78.

⁹⁶¹ La Cour indique que la liberté religieuse peut être assortie de limite visant « à assurer le respect des convictions de chacun » (CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, req. n°14307/88, § 33).

⁹⁶² Par exemple : CEDH, 24 février 1998, Larissis et autres c. Grèce, req. n°23372/94, § 49.

⁹⁶³ CEDH, 5 octobre 2006, Branche de Moscou de l'armée du Salut c. Russie, req. n°72881/01, § 61.

⁹⁶⁴ CEDH, 20 septembre 1994, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, req. n°13470/87, § 47.

⁹⁶⁵ CEDH, GC, 10 mai 2001, Chypre c. Turquie, req. n°25781/94, §§ 243-246.

de non-intervention, de non-coercition, plus qu'à l'idée d'égalité de traitement entre les religions.

300. Lorsque le retrait n'est pas total, la neutralité est limitée, car l'État semble favoriser une ou plusieurs religions. Les atteintes à la neutralité sont également le fait des références religieuses. Dans la Loi fondamentale allemande, le préambule mentionne explicitement que le peuple allemand est « conscient de sa responsabilité devant Dieu ». Aux États-Unis, les références à Dieu sont omniprésentes, par exemple avec la mention « In God we trust » inscrite sur les pièces et billets, ou encore l'obligation faite au Président de prêter serment sur la Bible. De même, la Grèce ou encore l'Irlande évoquent Dieu dans la Constitution⁹⁶⁶. Si la plupart de ces références ne portent pas d'atteinte importante au principe de neutralité, il en va autrement des serments à formulations religieuses pris par les agents publics, qui ont été condamnés par la CEDH sur le fondement de l'article 9, qui considère qu'il est « contradictoire de soumettre l'exercice d'un mandat qui vise à représenter au Parlement différentes visions de la société à la condition d'adhérer au préalable à une vision déterminée du monde »⁹⁶⁷.

301. Enfin, dans les régimes libéraux, la neutralité est celle de l'*État* : la sphère publique doit être neutre pour garantir l'égalité et la liberté dans la sphère privée. La CEDH indique que la neutralité ne peut s'étendre à l'interdiction générale ou la restriction générale de l'ensemble des croyances et pratiques religieuses dans l'espace public⁹⁶⁸. Dans la plupart des pays, l'exigence de neutralité est étendue à l'école. Cette application de la neutralité à l'école fut mise en œuvre dès le XIX^e siècle dans plusieurs pays, souvent de manière partielle. Par exemple, en Angleterre, le *Foster Act of Education* de 1870 marque un premier pas vers la neutralité confessionnelle de l'école publique⁹⁶⁹, en distinguant entre les écoles confessionnelles et les écoles publiques, ces dernières enseignant une morale chrétienne commune⁹⁷⁰. En Belgique, l'enseignement religieux est supprimé en 1879. Aux Pays-Bas, l'enseignement neutre apparaît dès la loi sur l'enseignement de 1806. Aux États-Unis, dans un arrêt de 1963, la Cour suprême a considéré que l'interdiction faite aux enfants de réciter des textes religieux visait un objectif de neutralité⁹⁷¹. En 1962, elle déclarait inconstitutionnelle une « prière *non* confessionnelle

⁹⁶⁶ L'Irlande renvoie, dans sa Constitution, à la « sacro-sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des États doivent se conformer, comme notre but suprême ». De la même manière, la Constitution grecque du 9 juin 1975 expose que celle-ci est adoptée « au nom de la Trinité sainte, consubstantielle et indivisible ».

⁹⁶⁷ CEDH, GC, 18 février 1999, *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, req. n°24645/94, § 39.

⁹⁶⁸ CEDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, req. n°41135/98, § 48.

⁹⁶⁹ J. BAUBEROT et M. MILOT, *Laïcités sans frontières*, op. cit., p. 30.

⁹⁷⁰ J. BAUBEROT, *Les laïcités dans le monde*, op. cit., p. 55.

⁹⁷¹ *Abington School Dist. V. Schempp*, 374 U.S. 203, 223-25 (1963).

parrainée par l'État » dans les écoles⁹⁷². Toutefois, cette exigence ne s'applique qu'à l'État : la Cour suprême considère que l'expression privée des élèves et étudiants ne relève pas du Premier Amendement, et est alors protégée par la liberté d'expression, y compris au sein de l'école⁹⁷³. De la même manière, au Canada, la neutralité s'étend à l'école : la récitation de prière est déclarée inconstitutionnelle, en raison de son incompatibilité avec l'article 2(a) de la charte ; de même que l'enseignement religieux – y compris lorsqu'il est prévu la possibilité de demander une exemption – en raison de l'endoctrinement qui pourrait en résulter⁹⁷⁴. Dans un arrêt de Grande Chambre, *Folgerø et a. c. Norvège*, la CEDH a considéré que l'enseignement public était tenu à une obligation de neutralité afin de respecter les convictions religieuses et philosophiques des enfants et des parents⁹⁷⁵. Dans *Lautsi c. Italie*, la Cour a admis une conception relativement souple de la neutralité dans l'enseignement public, en considérant que la présence de crucifix dans les salles de classe n'y portait pas atteinte⁹⁷⁶. Par ailleurs, elle considère que si l'enseignement doit être neutre, les enseignants n'ont pas d'obligation de neutralité « d'apparence », bien que ce modèle soit compatible avec les exigences de l'article 9⁹⁷⁷. Au Royaume-Uni ou encore au Pays-Bas, les enseignants, à l'instar du reste des agents publics, sont autorisés à porter des signes religieux. En 2015, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a jugé que l'interdiction du port de signes religieux par les enseignants portait atteinte à leur liberté de croyance, de conscience et de culte⁹⁷⁸. La neutralité a donc pour vocation de protéger la liberté religieuse des *individus*.

302. Dans l'idéal de neutralité conceptualisé par J. Rawls et progressivement mis en œuvre dans les États libéraux, il n'appartient plus à l'État mais au libre choix des individus de déterminer ce qui constitue la vie bonne. Si la neutralité revêt une pluralité de mises en œuvre, elle est – a minima – envisagée comme une absence de contrainte et de coercition de l'État sur les individus et les groupes. En effet, l'exigence de neutralité est – dans une certaine mesure – respectée dès lors que les individus ne sont pas contraints, par la force ou la persuasion, dans

⁹⁷² *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

⁹⁷³ D.O. CONKLE, « Expression et symbolisme religieux dans la tradition constitutionnelle américaine : neutralité de l'État, mais pas indifférence », in É. ZOLLER (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 162 et s.

⁹⁷⁴ J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », art. cit., pp. 373-374.

⁹⁷⁵ CEDH, GC, 29 juin 2007, *Folgero et autres c. Norvège*, req. n°15472/02, §§ 85-102.

⁹⁷⁶ CEDH, GC, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, req. n°30814/06, § 74.

⁹⁷⁷ CEDH, 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, req. n°42393/98.

⁹⁷⁸ A. GAILLET, « Port du voile par les enseignantes des écoles publiques : retour à Karlsruhe. Etude sur la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 27 janvier 2015 », *AJDA*, 2015, p. 1401 ; H. RABAULT, « Le droit des enseignantes à arborer le foulard (décision de la première chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 27 janvier 2015) », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre 2015, vol. 3, n° 103, pp. 735-744.

leurs croyances – religieuses ou autres. Ainsi, un État qui dispose d’une religion officielle peut être considéré comme neutre, ou partiellement neutre, dès lors que la liberté de conscience et de religion est garantie. La non-intervention de l’État par la force est alors le point commun des différentes conceptions de la neutralité. C’est pourquoi, le critère qui prime dans la détermination de la neutralité est celui de la liberté de choix : dès lors que les individus ne sont pas contraints, et qu’ils ont le choix de leurs croyances ou leurs modes de vie, la neutralité est garantie – quand bien même la séparation entre les sphères publique et privée ne serait pas totalement assurée. La non-intervention étant la définition la moins exigeante de la neutralité, en comparaison avec la non-discrimination ou encore la reconnaissance⁹⁷⁹, elle correspond au « noyau dur » de la neutralité.

303. Dans les différents objets de la neutralité, l’État est *impartial* : il ne doit pas prendre position par le biais d’un jugement de valeur. Il ne lui appartient pas d’évaluer si un choix de vie est bon ou non. Certains choix de vie, ainsi que le prouvent régulièrement les différents débats sociaux, correspondent à des conceptions *controversées* du bien : l’interruption volontaire de grossesse⁹⁸⁰, la gestation pour autrui, le mariage homosexuel par exemple. Il n’y a pas d’accord consensuel chez l’ensemble des membres d’une société donnée. Dans la théorie de la neutralité, l’État devrait être neutre – *indifférent* – par rapport à ces conceptions controversées du bien. Cette neutralité ne peut être atteinte par l’interdiction : en interdisant, l’État n’est pas impartial. Ainsi, lorsque l’État autorise le mariage homosexuel par exemple, il respecte la neutralité, car la législation permet aux individus de *choisir* : l’État neutre est celui qui permet et respecte la liberté de choix de mode de vie. L’État ne dit pas que l’homosexualité est un meilleur mode de vie que l’hétérosexualité : en autorisant l’un et l’autre, il demeure neutre. Toutefois, ainsi que le montre le débat entre T. Nagel et K. Appiah autour de l’interruption volontaire de grossesse, l’autorisation peut être considérée comme neutre ou non. Pour T. Nagel, seule la liberté de choix permet le respect de la neutralité⁹⁸¹. Si K. Appiah approuve en grande partie ses arguments, il nuance toutefois la neutralité de l’autorisation de l’avortement, en montrant que le fait pour l’État de laisser le choix – s’il est effectivement plus neutre en termes de valeurs que l’interdiction en ce qu’il laisse la mère décider quelle est sa conception de la vie – prend parti, dans une certaine mesure, *contre* les arguments des pro-vie

⁹⁷⁹ Voir *infra*, Partie II, Titre 1, Chapitre 2.

⁹⁸⁰ La CEDH considère, par exemple, que la lutte contre l’avortement est une conviction protégée par l’article 9 : Comm. EDH, 8 mars 1985, Knudsen c. Norvège, req. n°11045/84.

⁹⁸¹ T. NAGEL, « Conflit moral et légitimité politique », art. cit.

autour du commencement de la vie⁹⁸². Dans le même sens, A. Gutmann – discutant l’argumentation de R. Wertheimer⁹⁸³ – considère que « [l]a solution libérale, selon laquelle l’État accorde aux individus la liberté de faire ce qu’ils veulent de leur vie aussi longtemps qu’ils ne font pas de mal à autrui, ne fonctionne pas en ce qui concerne l’avortement et d’autres problèmes pour une raison souvent ignorée : l’une des parties prenant part au débat croit raisonnablement que la solution libérale sanctionne le tort causé à une autre vie humaine innocente » ; ainsi « [l]es tentatives d’argumenter sur le modèle de la tolérance religieuse échouent parce que cet argument présuppose la prémisse qui est justement en discussion, à savoir que le fœtus n’est pas un être humain ou une personne d’après le droit garanti par la Constitution »⁹⁸⁴. Le fait de laisser le choix n’est donc pas consensuellement considéré comme neutre : sur certaines conceptions controversées du bien, tant l’interdit que l’autorisation reflètent à un choix de valeurs. De son côté, la CEDH, qui protège le droit à l’autodétermination sur le fondement de l’article 8 de la CEDH⁹⁸⁵, refuse de fonder un droit à l’avortement sur l’article 8⁹⁸⁶.

⁹⁸² K.A. APPIAH, « Expressive Neutrality », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, p. 91 : « Un troisième problème est que les actes de l’État doivent être justifiés auprès de tous les citoyens, et pas seulement auprès de ceux dont les actions sont directement affectées par ces actes. Un type de désavantage dans une démocratie est de ne pas voir ce que vous considérez comme la meilleure politique promulguée dans la loi. Sur de nombreux sujets, il existe des opinions opposées sur ce qu’est la meilleure politique. Les avortements ne peuvent être à la fois autorisés et interdits : mais certaines personnes pensent que, tout bien considéré, ils devraient être interdits et d’autres pensent qu’en fin de compte, ils devraient être autorisés. Selon Nagel, une politique pro-vie n’est pas neutre parce qu’elle contraint parfois les femmes pro-choix à ne pas avorter, et nous ne pouvons pas leur offrir des raisons qu’elles devraient accepter pour cette contrainte. Les politiques pro-choix laissent la décision à la mère : personne n’est donc contraint et l’État n’a donc pas à offrir de raisons à quiconque. La pensée, vraisemblablement, est que la justification de la législation pro-vie implique un appel à des motifs religieux qui sont controversés, et donc que les femmes pro-choix raisonnables peuvent nier qu’on leur a offert des raisons neutres. Mais de nombreux partisans de l’avortement penseront, à juste titre, qu’il y a quelque chose de louche ici. Il est vrai qu’un régime pro-choix ne contraint personne à avorter, mais il est également vrai qu’un régime pro-choix n’est possible que si l’on met de côté les considérations, certes controversées, avancées par les partisans de la vie. Nagel pense que les questions relatives à la justification de l’action de l’État se posent avec une intensité particulière lorsque les gens sont contraints. Cela me semble juste. Mais, comme je l’ai dit, l’État doit se justifier auprès de tous les citoyens, et pas seulement auprès de ceux qui sont contraints par lui. Et la personne pro-vie est susceptible de penser qu’ignorer son appel au caractère sacré de la vie du fœtus à naître n’est pas une façon d’être neutre entre ses opinions religieuses et les autres, mais une façon de prendre parti contre ses opinions. Elle peut raisonnablement se demander : "Mon point de vue aurait-il été exclu de l’action de l’État s’il n’avait pas été celui d’un chrétien évangélique (ou d’un catholique) ?". Et à moins que la réponse ne soit "non", la politique ne sera pas considérée comme neutre au regard de la norme d’égalité de respect, même si elle satisfait à Nagel. (Je pense que la réponse est "non", soit dit en passant ; donc je ne pense pas que notre régime actuel viole en fait la neutralité en tant que respect égal). » (traduction libre).

⁹⁸³ R. WERTHEIMER, « Understanding the Abortion Argument », *Philosophy & Public Affairs*, 1971, vol. 1, n° 1, pp. 67-95.

⁹⁸⁴ A. GUTMANN, « Le multiculturalisme en éthique politique », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l’Université Laval ; L’Harmattan, 2002, p. 55.

⁹⁸⁵ CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, req. n°2346/02, § 61.

⁹⁸⁶ CEDH, GC, 16 décembre 2010, A, B et C c. Irlande, req. n°25579/05, § 214. Sur cette décision : D. ROMAN, « L’avortement devant la Cour EDH : l’Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », *RDSS*, 2011, p.

304. L'État neutre est alors celui qui accorde un *respect égal* à l'ensemble des individus, quelle que soit leur mode de vie ou leur conception du bien. En revanche, lorsque la Constitution inclut une vision qui exclut nécessairement l'alternative, il contient, dans sa structure de base, une vision du bien qui n'est pas neutre. Par exemple, lorsque l'article 18 de la Constitution polonaise de 1997 dispose que le mariage est l'« union de la femme et de l'homme », il renvoie explicitement à une vision selon laquelle seule l'hétérosexualité est une conception du bien acceptable. Ancrer une vision dans la Constitution dépasse donc la neutralité, car celle-ci suppose la liberté de choix, et la vision ainsi ancrée relève du Juste. En ce sens, la Loi fondamentale allemande de 1949, ne mentionnant que le mariage en tant que tel, permettait l'évolution des mœurs à ce sujet et n'a pas fait obstacle à la possibilité d'introduire du mariage homosexuel dans le droit positif⁹⁸⁷. La neutralité est mise en œuvre par la liberté de choix – de conscience, de modes de vie, etc. Pour respecter le principe de neutralité, la Constitution doit donc être *amorale*. Toutefois, si la Constitution contient certaines visions du bien, celles-ci doivent pouvoir être révisées pour assurer la neutralité. Plus la Constitution renvoie uniquement à des règles de procédure, plus elle est neutre⁹⁸⁸. Il ne doit pas y avoir de jugement définitif ce qui est bon pour que la neutralité soit respectée, celle-ci étant nécessairement évolutive. Ainsi, dans la pratique des États libéraux, l'apparition de la neutralité s'est cantonnée à une portée *étroite*. C'est pourquoi les constitutions modernes ont mis en œuvre des procédures de décision neutres : dans la neutralité étroite, l'exigence de neutralité se rapporte à la manière dont une Constitution doit être rédigée. Le cadre de la neutralité correspond donc à celui de la Constitution, qui « représente le seuil que le pouvoir politique ne peut franchir »⁹⁸⁹. Les constitutions reposent sur des valeurs, mais garantissent la neutralité de l'État.

II. L'exigence de non-discrimination

305. Entendue au sens d'*impartialité*, la neutralité est intrinsèquement liée à l'exigence de non-discrimination. Celle-ci suppose que l'État ne doive pas favoriser ou défavoriser un ou plusieurs individus en raison de leurs croyances, leurs couleurs de peau, leurs genres, etc : il doit être *impartial*. La non-discrimination est une exigence d'égalité : en cela, elle est une part

293 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme. La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de "splendide isolement" », *Dalloz*, 2011, p. 1360.

⁹⁸⁷ T. HOCHMANN, « Le mariage entre personnes de même sexe – l'exemple de l'Allemagne », art. cit.

⁹⁸⁸ Voir, en ce sens, sur l'article V de Constitution américaine relatif à la modification de la Constitution : R. ALBERT, « America's amoral constitution », *American University Law Review*, 2021, vol. 70, pp. 773-827.

⁹⁸⁹ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, op. cit., p. 213.

importante du principe de neutralité. La question de l'égle liberté dans la poursuite du Bien est au cœur de l'exigence de neutralité, en particulier dans son acception contemporaine⁹⁹⁰. L'absence de discrimination religieuse dans l'emploi public apparaît très tôt dans les États libéraux. Elle est présente par exemple dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁹⁹¹ et, plus explicitement encore, dans la Constitution américaine de 1787⁹⁹². Dans le domaine de la religion, le retrait de l'État implique, dans la majorité des cas, la non-discrimination. Le lien entre la non-discrimination et la neutralité a été explicitement déterminé dans certains États. Aux États-Unis, la clause de non-établissement implique l'égalité entre les religions, et donc l'obligation pour l'État de n'en favoriser aucune. La Cour suprême a, à ce titre, explicitement indiqué qu'il s'agissait de l'« [i]mpératif le plus clair de la clause de non-établissement »⁹⁹³. C'est en particulier avec le XIV^e amendement, en 1868 que le libre exercice de la religion est garanti : « [...] Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure régulière ; ni ne refusera à quiconque relevant de sa juridiction, l'égle protection des lois ». L'apparition du principe de neutralité s'est donc faite en deux temps aux États-Unis : en 1791, il s'agissait simplement de protéger les religions de l'ingérence de l'État. En 1868, c'est véritablement la neutralité de l'État qui est proclamée. Au Canada, le juge Dickson a également lié le principe de neutralité religieuse au principe de non-discrimination en affirmant que « protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société »⁹⁹⁴. En ce sens, les religions d'État ou les systèmes de séparation souple respectent moins – au sein de l'exigence de neutralité – le principe de non-discrimination que le principe de non-intervention. L'État n'est pas totalement impartial lorsqu'il accorde un statut privilégié à une religion. La neutralité se traduit par l'*indifférence* de l'État. La neutralité religieuse est alors liée à l'exigence de non-discrimination.

⁹⁹⁰ Voir *infra*, § 525 et s.

⁹⁹¹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Article 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

⁹⁹² Constitution américaine de 1787, Article 6 : « Aucune déclaration religieuse spéciale ne sera jamais requise comme condition d'aptitude aux fonctions ou aux charges publiques sous l'autorité des États-Unis ».

⁹⁹³ *Larson v. Valente*, 456 US 228, 244 (1982) , cité par É. ZOLLER, « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste », art. cit., p. 11.

⁹⁹⁴ *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 RCS 295, cité par J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », art. cit., p. 371.

306. Le lien entre la non-discrimination et la neutralité dépasse la sphère religieuse. L'État doit être *aveugle et indifférent* quant aux différences, telles que la couleur, l'origine, les croyances, les convictions politiques, etc. À ce titre, le principe de neutralité vis-à-vis de la couleur de peau montre que la neutralité est également mise en œuvre par la non-discrimination. L'exigence de non-discrimination renvoie à la dimension égalitaire du principe de neutralité. Le principe de la « constitution *colorblind* » était envisagé comme un « idéal de l'action politique » devant mener à la fin du racisme ; il a « cimenté la coalition pour les droits civiques et donné un souffle épique à la croisade pour la liberté et l'égalité »⁹⁹⁵. Le principe de *colorblindness* de la Constitution témoigne du fait que la non-discrimination était, à ses débuts, envisagée de manière *passive*, au sens d'indifférence aux différences. La non-discrimination implique le retrait de l'État, et non son intervention. Au Canada, la légalisation du mariage homosexuel s'appuie explicitement sur la non-discrimination, le liant ainsi à l'exigence de neutralité vis-à-vis des conceptions du Bien. La loi dispose, en son préambule, que « seule l'égalité d'accès au mariage civil respecterait le droit des couples de même sexe à l'égalité sans discrimination »⁹⁹⁶. Le préambule précise également que « chacun jouit de la liberté de conscience et de religion au titre de l'article 2 de la Charte canadienne des droits et libertés », et que « la présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte à la garantie dont fait l'objet cette liberté, en particulier celle qui permet aux groupes religieux d'avoir et d'exprimer les convictions religieuses de leur choix, et aux autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses ». La neutralité implique l'absence de discrimination, qui se traduit par l'*indifférence* de l'État. La non-discrimination ne signifiait pas – jusqu'à une période récente⁹⁹⁷ – que l'État doive traiter tous les individus de la même manière, mais que les justifications de la différence de traitement devaient reposer sur des fondements *neutres*. La non-discrimination impliquait alors uniquement la neutralité des *justifications*, et non des *conséquences*. L'évolution dans la manière d'appréhender la non-discrimination sera à l'origine du renouveau relatif à la neutralité⁹⁹⁸.

307. Ainsi, deux exigences se rejoignent pour mettre en œuvre la neutralité : l'exigence de retrait et celle de non-discrimination, traduisant une exigence d'*impartialité*, d'*indifférence de l'État* : l'État se retire des questions relatives au Bien. Il garantit l'égale liberté des individus.

⁹⁹⁵ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁹⁹⁶ Loi sur le mariage civil, 20 juillet 2005, ch. 33.

⁹⁹⁷ Voir *infra*, § 548 et s.

⁹⁹⁸ Voir *infra*, § 557 et s.

Ces deux exigences permettent un espace d'égale liberté des individus, devant toutefois être *garanti* et *maintenu* par l'État dans une perspective de pérennité. Ce sont ces deux exigences qui, ensemble, aboutissent à la neutralité de l'État. Elles sont complémentaires dans la neutralité par abstention.

308. Conclusion de section. L'appréhension du concept de neutralité de l'État dans la pratique des États libéraux n'est pas sans difficulté. En effet, celui-ci ne correspond pas à un principe explicitement déterminé correspondant à celui théorisé par J. Rawls et ses contemporains. Dans le droit positif des États libéraux, l'idéal de neutralité sous-tend néanmoins un certain nombre de normes. Il a alors une diversité d'objets, dépassant, dans une certaine mesure, la seule sphère du « Bien », ce qui rend la notion ambiguë. Par ailleurs, l'indistinction entre ce qui relève, ou non, de la sphère d'application de la neutralité complexifie l'appréhension de la neutralité. Dans sa mise en œuvre, la neutralité fut d'abord *passive*, et s'est traduite par une exigence de non-intervention et de non-discrimination, assimilant la neutralité à l'indifférence de l'État. L'exigence d'abstention visant la mise en œuvre de la neutralité sera progressivement remise en cause⁹⁹⁹.

⁹⁹⁹ Voir *infra*, §557 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE

310. Il y a, dans les limites au principe de neutralité, la preuve du « malaise » dans son application : l'État doit être neutre, mais il interdit certains comportements ne portant pas atteinte au cadre du Juste. Apparaît déjà l'idée que le Juste, parce qu'il correspond aux mœurs – et donc au Bien – s'adapte et s'élargit au fil de l'évolution sociétale. Les frontières de la neutralité ne peuvent être délimitées de manière définitive, car elles sont en constante adaptation quant à ce qui relève du Juste et ce qui relève du Bien. La sphère publique et la sphère privée sont ainsi « les frontières mouvantes de la liberté »¹⁰⁰⁰.

311. La neutralité de l'État implique le fait que celui-ci ne favorise ou ne défavorise aucune conception du bien dans le cadre du Juste. Elle correspond à un approfondissement de la liberté individuelle : si elle s'impose à l'État, c'est parce qu'elle est tout entière tournée vers l'individu. L'égale liberté de choix est individus est l'idée centrale de la neutralité : c'est pourquoi, quelle que soit sa mise en œuvre, la neutralité est assurée dès lors que la liberté de choix est garantie. Les choix individuels sont au cœur de l'idée de neutralité : en ce sens, « [l]'histoire du droit peut être perçue comme un effort permanent de définition de principes et de procédures neutres du point de vue des choix privés, qui fasse reculer l'emprise du collectif sur les choix individuels »¹⁰⁰¹. C'est l'importance donnée au libre choix de l'individu – libre de toute immixtion de la puissance publique – qui fait progressivement reculer les tendances paternalistes de l'État, opposées à la responsabilité des individus et de leurs choix.

¹⁰⁰⁰ J. BAUBEROT et M. MILOT, *Laïcités sans frontières*, op. cit., p. 122.

¹⁰⁰¹ V. VALENTIN, « Le refus de la virginité ou les paradoxes du paternalisme post-moderne », in *Penser la science administrative dans la post-modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 550.

Chapitre 2. La laïcité ou la mise en œuvre républicaine de la neutralité par abstention

« En fait, il n'y a que le néant qui soit neutre. »

Jean Jaurès¹⁰⁰²

312. Le principe de neutralité de l'État peut être décliné en deux idéaux-types : celui de la neutralité *libérale* de l'État, et celui de la neutralité *républicaine*. La neutralité *républicaine* de l'État, si elle n'est qu'une déclinaison possible de la neutralité libérale¹⁰⁰³, présente des caractéristiques particulières qui ont pour conséquence une mise en œuvre distincte du principe de neutralité. L'idéal-type de la neutralité républicaine se retrouve dans le modèle français, qui – du fait de son histoire et de sa culture – a opéré une synthèse entre le républicanisme et le libéralisme politique, se traduisant par une appréhension particulière de la distinction entre le Juste et le Bien propre aux sociétés libérales. Ce modèle est celui de l'universalisme républicain, construit à partir de la Révolution française, et qui s'est notamment traduit, à partir du XX^e siècle, par le principe de laïcité¹⁰⁰⁴. Le modèle français de l'universalisme républicain, qui ne reconnaît que des citoyens, a pour objectif de cantonner les appartenances identitaires à la sphère privée. L'ambiguïté qui règne dans la mise en œuvre de la séparation entre le Juste et le Bien en fait le modèle par excellence du « malaise » dans la neutralité issue de l'indétermination des frontières entre le Juste et le Bien. Cette ambiguïté est partiellement le fait du caractère « hybride » du modèle : la démocratie libérale, qui prend sa source dans la

¹⁰⁰² J. JAURES, « Neutralité et impartialité », *Revue de l'enseignement primaire et primaire supérieur*, n°1, 4 octobre 1908.

¹⁰⁰³ Voir *supra*, § 214 et s.

¹⁰⁰⁴ Le terme a été défini pour la première fois par F. Buisson dans le *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire* de 1883-1887. L'État laïque est « neutre entre tous les cultes, indépendant de tous les clergés, dégagé de toute conception théologique ». Le principe de neutralité de l'État est alors envisagé comme un moyen visant « [l]'égalité de tous les Français devant la loi, la liberté de tous les cultes [...] et en général l'exercice de tous les droits civils [...] en dehors de toute considération religieuse ». L'idée de laïcité apparaît, selon F. Buisson, à la Révolution française. L'État laïque est alors celui qui marque une « délimitation profonde entre le temporel et le spirituel » (F. BUISSON, « Laïcité », *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire. Partie 1. Tome 2*, Paris, Hachette, 1888, p. 1469).

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, s'est véritablement instaurée en France sous la III^e République, et sa « fusion » avec le républicanisme a mené à un modèle original qui fut l'œuvre de quelques républicains à la tête desquels se trouvaient J. Ferry¹⁰⁰⁵, dont le rôle dans la construction du modèle français de neutralité fut tout à fait conséquent. Ainsi, le modèle français, s'il revêt une spécificité particulière¹⁰⁰⁶ en raison de l'œuvre menée par ces républicains, ne tourne pas totalement le dos au libéralisme¹⁰⁰⁷. Il se distingue néanmoins dans son appréhension du principe de neutralité de l'État par l'élaboration d'un modèle original : celui de la laïcité, issu de la célèbre loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

313. Forme française de la mise en œuvre de la neutralité par *abstention*, le concept de laïcité a revêtu, depuis son apparition dans le vocabulaire juridique et politique, différentes acceptions. Dans un article consacré à la laïcité publié en 1949¹⁰⁰⁸, J. Rivero défendait l'idée que la laïcité avait « un seul et même sens, celui de la neutralité religieuse de l'État »¹⁰⁰⁹. Il mettait alors en lumière le fait que, par-delà les différentes définitions et utilisations politiques de la notion de laïcité, juridiquement, celle-ci correspondait uniquement à la neutralité de l'État. Cette vision est partagée par le doyen Vedel, dont la célèbre formule résume la laïcité à « l'affirmation que l'État considère la croyance ou l'incroyance comme affaire privée »¹⁰¹⁰. Néanmoins, les « multiples grammaires de la laïcité »¹⁰¹¹, représentant différents modèles¹⁰¹², ne se résument pas nécessairement de manière exclusive au principe de neutralité de l'État, notamment en raison de son caractère évolutif – la laïcité n'étant « pas une notion dont le contenu se serait figé il y a un siècle : elle se nourrit des évolutions de la société, des attentes du corps social comme des exigences de l'État de droit »¹⁰¹³. Par ailleurs, la difficulté de la définition de la laïcité est également liée au fait que celle-ci constitue « une question

¹⁰⁰⁵ J. FERRY et O. RUDELLE, *La république des citoyens*, coll. « Acteurs de l'histoire », Paris, Impr. nationale, 1996.

¹⁰⁰⁶ L'idée d'une spécificité particulière du modèle français, d'une « exception française », est fréquemment évoquée. Par exemple : S. BERSTEIN et O. RUDELLE (éds.), *Le modèle républicain*, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

¹⁰⁰⁷ Cette affirmation prend le contre-pied de l'ouvrage *La France imaginée* publié par le sociologue P. Birnbaum en 1998, dans lequel celui-ci déclarait que « la voie française tourn[ait] le dos au libéralisme » (P. BIRNBAUM, *La France imaginée : déclin des rêves unitaires ?*, coll. « L'espace du politique », Paris, Fayard, 1998, p. 26).

¹⁰⁰⁸ J. RIVERO, « La laïcité », *Recueil Dalloz*, 1949, n° 33, pp. 137-140.

¹⁰⁰⁹ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, p. 258.

¹⁰¹⁰ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1949, p. 318.

¹⁰¹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, novembre 2016, n° 4, pp. 9-19.

¹⁰¹² J. BAUBEROT, *Les sept laïcités françaises : le modèle français de la laïcité n'existe pas*, coll. « Interventions », Paris, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2015.

¹⁰¹³ Haut Conseil à l'Intégration, *Rapport public. L'Islam dans la République*, novembre 2000, p. 81.

indissociablement juridique et politique »¹⁰¹⁴. Elle fait alors l'objet d'une multitude de définitions¹⁰¹⁵, et englobe de nombreuses composantes : le principe de non-subventionnement des cultes, la liberté de conscience, la séparation entre les Églises et l'État et le principe de neutralité de l'État¹⁰¹⁶. Il ne s'agit pas ici de proposer une définition de la laïcité, mais de prendre l'angle faisant l'objet de cette étude – celui de la neutralité de l'État – pour mieux comprendre la spécificité du modèle français, et de déterminer la mise en œuvre et l'objet de la neutralité dans le modèle français. Il s'agit ainsi de centrer l'analyse autour du cadre et de la délimitation entre le Juste et le Bien dans le modèle français de la laïcité afin de comprendre en quoi la laïcité – bien qu'elle soit une forme de liberté religieuse¹⁰¹⁷ – se distingue du modèle de neutralité libérale, en quoi a-t-elle un « supplément d'âme »¹⁰¹⁸.

314. La mise en œuvre de la séparation entre le Juste et le Bien par la laïcité n'est, non seulement, pas encore tranchée juridiquement, et oscille régulièrement entre une acception libérale et une acception plus substantielle dite « républicaine », mais elle est en plus au cœur du débat politique et social français contemporain – les deux candidats au second tour de l'élection présidentielle de 2022 s'affrontaient encore récemment autour de deux visions opposées de la laïcité. Les frontières de la neutralité « à la française », c'est-à-dire l'articulation entre le Juste et le Bien, sont donc fréquemment redessinées, et le lien entre neutralité et laïcité s'étire et se resserre périodiquement. La laïcité est ainsi, tant juridiquement que politiquement, tantôt appréhendée comme cadre du Juste, tantôt comme vision du Bien. La loi de 1905 elle-même, consensuellement considérée comme la source juridique du modèle français de laïcité, a donné lieu à de multiples interprétations¹⁰¹⁹. Et en effet, dès la genèse de la laïcité, il y avait une opposition entre deux visions de celle-ci, l'une envisagée de manière libérale, comme cadre dans lequel est garantie la liberté de conscience et de religion dans la limite des libertés d'autrui et de l'ordre public, et l'autre envisagée de manière substantielle, emprunte de valeurs auxquelles il serait nécessaire d'adhérer, à la manière d'une religion civile. Par son histoire et ses traditions, la France, bien plus que d'autres pays occidentaux, est à mi-chemin entre ces

¹⁰¹⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, coll. « Exégèses », n°1, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2014, p. 17.

¹⁰¹⁵ Ainsi que le formule le Conseil d'État dans son rapport de 2004, « chacun voit la laïcité à sa porte » (CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 246).

¹⁰¹⁶ Parmi ces composantes, le principe de non-subventionnement des cultes et le principe de séparation entre l'Église et l'État seront partiellement remis en cause : voir *infra*, §570 et s.

¹⁰¹⁷ Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *Revue du droit public*, mars 2015, n° 2, p. 329.

¹⁰¹⁸ S. PINON, « Laïcité, que d'erreurs on commet en ton nom ! », *Pouvoirs*, avril 2021, n° 2, p. 146.

¹⁰¹⁹ Sur la confusion autour de la loi de 1905, voir par exemple : V. VALENTIN, « Remarques sur les mutations de la laïcité. Mythes et dérives de la « séparation ». », *RDLF*, 2016, n° 14.

deux visions de la laïcité, sans jamais réellement être parvenue à se décider. Preuve en est de la récente loi confortant le respect des principes de la République de 2021¹⁰²⁰, centrée autour de l'idée de laïcité, dernière manifestation législative du balancier entre deux visions distinctes et parfois opposées. Seule la vision purement libérale de la laïcité en fait un synonyme de neutralité ; or, cette vision n'est pas la seule identifiable dans l'histoire de la laïcité depuis 1905.

315. Malgré ces ambiguïtés et les différentes mutations qu'a subies la laïcité depuis 1905, il est possible d'affirmer, de manière encore schématique, que son sens *juridique* originel, ainsi que le formulait J. Rivero, était celui de la neutralité de l'État. Le modèle français de laïcité repose sur un socle libéral, celui de la loi de 1905, qui correspond au cadre du Juste. En effet, au sens libéral, l'État laïc « ne privilégie aucune confession, et plus généralement aucune conception de la vie bonne, tout en garantissant la libre expression de chacune, dans certaines limites »¹⁰²¹, et l'État assure alors le primat du Juste sur le Bien : seules sont permises les conceptions du Bien compatibles avec la laïcité. La laïcité est alors entendue dans un sens procédural, et correspond au principe libéral de neutralité de l'État. La laïcité-neutralité est, en ce sens, une exigence attachée à l'État et à ses représentants (**Section 1**).

316. À rebours de cette acception de la laïcité, la laïcité peut également être envisagée de manière substantielle. Alors appréhendée comme une méta-valeur républicaine, la laïcité envisagée en ce sens s'éloigne du principe de neutralité de l'État en ce qu'elle n'assure pas le primat du Juste sur le Bien, mais reflète au contraire une conception du bien : celle de la laïcité comme idéologie à laquelle les citoyens doivent adhérer. L'exigence de neutralité devient alors dogmatique, et s'étend au-delà de la sphère publique traditionnelle. Le sens substantiel, qui existe dès la genèse de la laïcité¹⁰²², est particulièrement présent dans le débat public – il est régulièrement brandi comme « arme politique »¹⁰²³ – mais il est également, de manière récente, partiellement mis en œuvre juridiquement au terme d'importantes entreprises politiques¹⁰²⁴. La laïcité a donc ceci d'ambigu qu'elle correspond à la fois, selon les périodes et les interprétations,

¹⁰²⁰ LOI n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

¹⁰²¹ G. HAARSCHER, *La laïcité, op. cit.*, p. 4.

¹⁰²² Cette vision de la laïcité était notamment défendue par É. Combes, É. Vaillant ou encore M. Allard, qui envisageaient la laïcité comme une arme *contre* les religions – en particulier l'Église catholique – et en faveur d'une certaine vision de la société, celle visant l'idéologie du progrès.

¹⁰²³ V. VALENTIN, « L'effacement de la laïcité libérale en France. De la séparation du politique et du religieux vers la promotion du « vivre-ensemble » », *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, août 2021, vol. 36, n° 2, p. 312.

¹⁰²⁴ Voir par exemple, au sujet de la loi de 2004 : F. LORCERIE, « La « loi sur le voile » : une entreprise politique », *Droit et société*, 2008, n° 1, p. 53.

à une vision du Juste ou à une vision du Bien, et ne correspond pas systématiquement à la neutralité libérale de l'État (**Section 2**).

SECTION 1. LA LAÏCITE, CADRE DU JUSTE

317. Dans son acception libérale, la laïcité correspond au cadre du Juste : elle permet la coexistence pacifique de différentes conceptions du bien dans les limites des Droits de l'Homme et de l'ordre public. Cette vision, ainsi que le relevait J. Rivero dans son article de 1949 assimilant la laïcité à la neutralité de l'État, correspond à celle qui fut consacrée en droit français par la loi de 1905. Le socle libéral du modèle français remontant à la période révolutionnaire, les prémices du principe de neutralité de l'État peuvent être identifiées dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. En effet, la mise en œuvre du principe de neutralité de l'État se traduit par la distinction entre la sphère publique et la sphère privée, et par l'idée d'un retrait de l'État de la sphère privée. Or, cette idée de non-intervention de l'État fut partiellement consacrée en 1789, qui marque ainsi l'apparition du principe *encore partiel* de neutralité de l'État. Pour la majorité des auteurs, le principe de neutralité de l'État est explicitement et totalement consacré dans la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, qui pose plus précisément le principe de *séparation* – le terme de neutralité n'apparaissant pas dans le texte. L'adoption de la loi de 1905 fut le fruit de débats particulièrement riches qui ont vu plusieurs acceptions de la laïcité être débattues – bien qu'à cette époque, le terme demeurait rare, y compris dans les débats parlementaires. Ce sera finalement la vision libérale de la laïcité qui s'imposera, consacrant alors l'apparition de la neutralité par *abstention* (§1).

318. L'acception libérale de la laïcité consacrée dans la loi de 1905 fut ensuite continuellement confirmée par l'interprétation libérale de la loi, en particulier par la jurisprudence du Conseil d'État, ainsi que par la constitutionnalisation de la laïcité en 1946 et en 1958. Tant dans les textes que dans leur interprétation, le modèle de laïcité mis en œuvre correspond à une vision procédurale de la laïcité, laquelle vise à organiser la coexistence pacifique de différentes religions. La mise en œuvre républicaine de la neutralité diffère ainsi très peu de la mise en œuvre libérale, en tant qu'elle garantit avant tout un espace de liberté (§2).

§1. L'apparition de la mise en œuvre républicaine de la neutralité par abstention

319. Les prémices de la neutralité républicaine de l'État se trouvent dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui pose le socle libéral sur lequel reposera le futur modèle français de républicanisme libéral. Néanmoins, si la période révolutionnaire consacra la liberté de conscience, il n'y avait « pas [encore] de place [...] pour l'État neutre et laïque »¹⁰²⁵ (I).

320. Progressivement, les théories de la tolérance civile s'inscrivirent juridiquement et l'État dut respecter une exigence de neutralité afin de représenter l'ensemble du *laos*, c'est-à-dire l'ensemble de la société, en étant impartial vis-à-vis des différentes convictions religieuses et conceptions du bien¹⁰²⁶. Cette exigence de neutralité fut d'abord une exigence législative : la loi de 1905 marque l'apparition du principe de neutralité de l'État (II).

I. Les prémices de la mise en œuvre républicaine de la neutralité de l'État

321. Dans le combat pour la laïcité, la neutralité de l'État n'a pas été la première étape. Celle-ci a eu lieu pendant la Révolution française, et fut en particulier celle de la consécration de la liberté de conscience, qui ne correspond pas, à elle seule, à la neutralité de l'État (A). Le combat pour la laïcité et la neutralité de l'État commença véritablement au début de la III^e République par l'œuvre de laïcisation organisée par les républicains¹⁰²⁷ (B).

A) La période révolutionnaire

322. La première étape menant à la consécration du principe de neutralité de l'État fut franchie en 1789 avec l'adoption de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui

¹⁰²⁵ A. MATHIEZ, « La séparation des Églises et de l'État a-t-elle existé réellement sous la Révolution française ? », in J.-M. SCHIAPPA (dir.), *1905 ! La loi de séparation des Églises et de l'État*, Paris, Syllepse, 2005, p. 23.

¹⁰²⁶ Sur la distinction entre le concept de tolérance et celui de laïcité, voir par exemple : C. KINTZLER, *Tolérance et laïcité*, coll. « VO », Saint-Sébastien-sur-Loire, Pleins feux, 1998. Voir aussi, sur l'ambiguïté et la difficulté de faire un lien entre la tolérance et la laïcité : O. ABEL, « Tolérance et laïcité », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 19-26.

¹⁰²⁷ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit.

consacre l'universalisme abstrait afin de mettre fin aux privilèges¹⁰²⁸. Dans son ensemble, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen n'est pas dénuée de liens avec la neutralité de l'État en tant qu'elle pose les valeurs de liberté et d'égalité, qui correspondent aux finalités morales du principe institutionnel de neutralité de l'État. Ainsi, si celui-ci ne fut pas explicitement posé dans la Déclaration, les valeurs morales qu'il poursuit apparaissent à ce moment-là, posant par-là les bases nécessaires à la construction ultérieure du principe. Plusieurs articles contenus dans la Déclaration contiennent donc les fondations du principe de neutralité, ou certains éléments relatifs à celui-ci. Tant l'article 1, qui pose que « [l]es distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune », que l'article 4 qui pose le principe de la liberté individuelle – corollaire au principe de neutralité de l'État¹⁰²⁹ – ou encore l'article 11, qui pose le principe de liberté d'expression, témoignent implicitement d'une idée de neutralité de l'État au sens de *non-intervention*. De même, l'article 6 implique un principe de non-discrimination dans l'accès aux emplois publics, témoignant là aussi d'une volonté encore implicite d'un État neutre.

323. En particulier, l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui proclame la liberté de conscience, opère une véritable rupture dans l'histoire de la laïcité et de la neutralité : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, *même religieuses*, pourvu que leur manifestation ne trouble par l'ordre public établi par la loi »¹⁰³⁰. Cet article met fin à l'édit de Versailles signé par Louis XVI le 7 novembre 1787 qui révoquait l'édit de Fontainebleau et instituait ainsi la tolérance, sans toutefois proclamer la liberté de conscience et de cultes¹⁰³¹. La formule employée par l'article 10 est toutefois ambiguë : la formule « *mêmes religieuses* » montre que l'État place les opinions religions sur un plan différent des autres opinions – ce qui

¹⁰²⁸ La nécessité d'abolir les privilèges afin d'établir l'égalité formelle a été en particulier défendue, dans la période révolutionnaire, par l'Abbé Sieyès, dans son célèbre pamphlet *Qu'est-ce que le Tiers État ?* ainsi que dans un essai intitulé *Essai sur les privilèges* (E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, coll. « Les classiques de la pensée politique », n° 6, Genève, Droz, 1970 ; E.-J. SIEYES, *Essai sur les privilèges et autres textes*, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2007).

¹⁰²⁹ Voir *supra*, § 206 et s.

¹⁰³⁰ Nous soulignons.

¹⁰³¹ L'édit de 1787 a toutefois fait progresser l'idée de « neutralité de l'État » – dans un sens encore très partiel – en tant qu'il accordait aux non-catholiques un *statut civil*. Or, cette avancée est majeure : « [p]arce qu'elle ne fait plus de l'état civil un privilège (l'accès réservé à la vie civile, et notamment à la naissance juridique, conditionnant le mariage et l'héritage), mais [...] elle englobe dans le champ des sujets (pareillement) enregistrés ceux qui ont la religion officielle et ceux qui professent un autre dogme (qui ne bénéficient pas pour autant d'une liberté religieuse), la réforme présuppose un sujet indéterminé (relativement indéterminé car d'autres questions que la question religieuse ne sont pas traitées, comme celles liées à l'esclavage, presque par définition de ce statut juridique des *personnes*), appréhendées comme sujet dans tous les sens du terme (sujet de droits, sujet du droit, sujet du pouvoir), indépendamment du jugement de valeur officiel et des avantages que lui accordent en conséquence les pouvoirs et les lois » (É. MILLARD, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Doyen F.-P. Blanc*, Perpignan ; Toulouse, Presses Universitaires de Perpignan ; Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 723-724).

n'est pas une position neutre. Cette formule semble témoigner d'une attitude de *tolérance* : l'État *consent* l'existence de certaines opinions religieuses en garantissant la liberté de conscience. Or, avec la tolérance civile et la garantie de la liberté de conscience, les prémices de la neutralité apparaissent¹⁰³². Par ailleurs, la liberté de conscience dépasse la liberté religieuse : elle vise la protection de l'ensemble des croyances. Parce que la liberté de conscience était assurée, et que celle-ci exclut toute contrainte de la part de l'État dans le domaine des croyances, l'une des dimensions de la neutralité de l'État était assurée : celle de la *non-intervention*, du *retrait* de l'État. Pour certains auteurs, dès 1789, l'État « n'entend plus prendre parti sur les options métaphysiques de ses administrés », tendant ainsi dès la Révolution, à la neutralité¹⁰³³. La liberté de conscience est la première composante de la laïcité, ainsi qu'en témoignera sa place à l'article 1 de la loi de 1905. À elle seule, néanmoins, la protection de la liberté de conscience ne suffit pas à caractériser l'existence de la neutralité de l'État, car le respect de la liberté de conscience n'empêche pas l'État de favoriser ou de défavoriser certaines croyances. À ce stade, l'État est tolérant, mais il n'est pas neutre, car il intervient directement dans l'organisation de certains cultes. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen pose néanmoins « la “matrice” de la conception libérale de la laïcité »¹⁰³⁴.

324. Si la période révolutionnaire ne transforme pas encore l'État moderne en État neutre, elle pose néanmoins les fondements de la neutralité et de la laïcité en tant qu'elle se débarrasse des anciennes exclusions et pose explicitement la volonté d'unir les citoyens en tant que Nation, en renvoyant les différences à la sphère privée, et en posant comme principe l'égale liberté des citoyens. Pour J. Baubérot, la Révolution représente le « premier seuil de laïcisation »¹⁰³⁵. À partir de 1789, la liberté religieuse sera juridiquement protégée à de multiples reprises : la Constitution de 1793 assurait « le libre exercice du culte »¹⁰³⁶, de même que la Constitution de 1795, qui disposait que nul « ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi »¹⁰³⁷. À l'issue de la période révolutionnaire, le Concordat¹⁰³⁸ assurait la liberté de conscience proclamée en 1789. Parce qu'il opérait une

¹⁰³² Voir *supra*, § 76 et s.

¹⁰³³ P. PORTIER, « Situation de la laïcité française », *Les Cahiers de la Justice*, 2018, n° 3, p. 402.

¹⁰³⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004, op. cit.*, p. 250.

¹⁰³⁵ J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2021, Chap. 1.

¹⁰³⁶ Articles 7 et 122 de la Constitution du 24 juin 1793 (6 Messidor de l'An I).

¹⁰³⁷ Article 354 de la Constitution du 22 août 1795 (5 Fructidor de l'An III).

¹⁰³⁸ Signé entre Napoléon Bonaparte et le Pape Pie VII, le Concordat fut en vigueur de 1801 à 1905 (et est encore en vigueur en Alsace-Moselle) et visait un objectif de paix civile et religieuse. Il consacrait le pluralisme confessionnel avec les « cultes reconnus », mais l'État pouvait contrôler les cultes.

distinction entre les cultes reconnus et non reconnus, créant ainsi une situation d'inégalité entre les cultes, il faisait toutefois obstacle à la neutralité juridique de l'État. Celle-ci progressa néanmoins, dans une certaine mesure, pendant la période révolutionnaire avec la sécularisation de l'état civil¹⁰³⁹. La réelle concrétisation de la neutralité de l'État n'est opérée qu'avec la loi de séparation de 1905, qui fut néanmoins le fruit d'une œuvre de laïcisation commencée dès les débuts de la III^e République.

B) Les débuts de la III^e République

325. La période révolutionnaire a posé le socle libéral du modèle français. Sa fusion avec le républicanisme aboutissant à un modèle particulier de neutralité républicaine sera, quant à elle, l'œuvre des républicains dès les débuts de la III^e République – bien que l'idée républicaine prenne sa source à la Révolution française¹⁰⁴⁰. Les débats autour de la laïcité apparaissent rapidement après que le Sénat fût devenu républicain¹⁰⁴¹, et aboutissent à la laïcisation de l'école publique par les grandes lois scolaires de J. Ferry, qui marquèrent une étape décisive dans l'histoire de la neutralité de l'État¹⁰⁴². En particulier, la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire supprime l'enseignement de la morale religieuse, et le remplace par une « instruction morale et civique »¹⁰⁴³. Aussi, la consécration juridique de la neutralité de l'État commença par la neutralité de l'enseignement, traduisant déjà une conception républicaine de la neutralité, qui accorde une place fondamentale au rôle de l'école¹⁰⁴⁴. En rendant l'école obligatoire et laïque, la loi de 1882 distingue la sphère publique de la sphère privée, posant ainsi le cadre du principe de neutralité. L'article 2 de la loi prévoit un jour par semaine libre d'école, en sus du dimanche, afin de permettre l'instruction religieuse

¹⁰³⁹ É. MILLARD, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit.

¹⁰⁴⁰ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit.

¹⁰⁴¹ Le combat pour la laïcité commença à la lutte – menée notamment par Gambetta – pour l'obtention d'une majorité républicaine en vue de mettre fin à l'ordre moral du Duc de Broglie (J. de SAINT-VICTOR et T. BRANTHOMÉ, *Histoire de la République en France : des origines à la Ve République*, coll. « Corpus. Histoire du droit », Paris, Economica, 2018, pp. 645-715).

¹⁰⁴² L. JAUME, « La laïcité selon Jules Ferry », *Commentaire*, 2016, vol. 3, n° 155, pp. 591-597.

¹⁰⁴³ Article 1^{er} de la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire.

¹⁰⁴⁴ F. Buisson exprime cette idée lorsqu'il écrit qu'« [e]n France, c'est l'esprit républicain qui s'empara de la réforme scolaire et qui lui imprima sa marque. [...] C'est par l'enseignement populaire que la République, comme il était naturel, a commencé. [...] Qu'on l'admire ou qu'on le déplore, c'est un type original que celui de l'éducation française. [...] C'est l'école *laïque* au sens que donnent à ce mot nos lois et nos mœurs. [...] Que la famille, que l'Eglise, que la société politique réclament le droit de faire prévaloir dans cette partie de l'éducation commune leurs vues propres et leurs préférences, rien de plus naturel. Mais que l'État s'en dessaisisse et qu'il s'avoue, soit indifférent soit incompétent, ce serait se dérober à sa fonction » (F. BUISSON, « L'école et la nation en France », *L'année pédagogique*, 1913, pp. 3-6).

en dehors des heures d'école¹⁰⁴⁵, renvoyant alors l'enseignement religieux à la sphère privée. L'idée de neutralité est précisée dans la lettre de J. Ferry aux instituteurs du 17 novembre 1883 concernant l'enseignement moral et civique. La lettre rappelle l'importance de la distinction entre la sphère publique et la sphère privée, et donne des précisions sur l'enseignement de la morale. Les précisions alors données aux instituteurs par J. Ferry rappellent la démarcation entre le Juste et le Bien :

« Si parfois vous étiez embarrassé pour savoir jusqu'où il vous est permis d'aller dans votre enseignement moral, voici une règle pratique à laquelle vous pourrez vous tenir. Au moment de proposer aux élèves un précepte, une maxime quelconque, demandez-vous s'il se trouve à votre connaissance un seul honnête homme qui puisse être froissé de ce que vous allez dire. Demandez-vous si un père de famille, je dis un seul, présent à votre classe et vous écoutant, pourrait de bonne foi refuser son assentiment à ce qu'il vous entendrait dire. Si oui, abstenez-vous de le dire ; sinon, parlez hardiment car ce que vous allez communiquer à l'enfant, ce que n'est pas votre propre sagesse ; c'est la sagesse du genre humain, c'est une de ces idées d'ordre universel que plusieurs siècles de civilisation ont fait entrer dans le patrimoine de l'humanité. Si étroit que vous semble peut-être un cercle d'action ainsi tracé, faites-vous un devoir d'honneur de n'en jamais sortir, restez en deçà de cette limite plutôt que vous exposer à la franchir : vous ne toucherez jamais avec trop de scrupule à cette chose délicate et sacrée, qui est la conscience de l'enfant. »¹⁰⁴⁶

Il y a là, explicitement formulé, le cadre de la neutralité de l'école et de l'enseignement de la morale laïque¹⁰⁴⁷ : les conceptions du bien sont individuelles et divergentes, l'école – et plus tard l'État – doit ainsi être neutre quant à celles-ci, et se cantonner aux principes du Juste, qui eux, ainsi que l'explique J. Rawls, doivent être communs¹⁰⁴⁸. Il s'agissait de respecter la liberté de conscience et de religion, traduisant une exigence de neutralité par *abstention*. Quelques années plus tard, la loi Goblet du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire, sans imposer encore la neutralité des agents publics, « laïcise » les

¹⁰⁴⁵ « Les écoles primaires 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. L'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées » (Article 2, Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire).

¹⁰⁴⁶ J. FERRY, « Lettre aux instituteurs », 17 novembre 1883, disponible sur https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2020/12/lettre_ferry_instituteurs.pdf.

¹⁰⁴⁷ Sur les ambiguïtés relatives à la « morale laïque », voir par exemple : G. HAARSCHER, « La laïcité, la morale laïque et leurs paradoxes », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 131-137.

¹⁰⁴⁸ Dans la *Théorie de la justice*, J. Rawls explique que la différence entre le Juste et le Bien est l'accord qu'il doit y avoir dessus. Dans le cas du Bien, il est inévitable et même bénéfique que les conceptions diffèrent. En revanche, concernant les accords du Juste, les citoyens se rejoignent sur les mêmes principes.

agents publics chargés de l'enseignement en primaire¹⁰⁴⁹. Le rapport relatif au projet de loi, de J.-B. Ferrouillat, exprimait clairement la nécessité d'un personnel laïc afin d'assurer la neutralité de l'enseignement :

« La loi du 28 mars 1882 a laïcisé les programmes. Le projet actuel impose la laïcité du personnel enseignant. On peut dire que la première réforme appelait la seconde. Il n'est pas rationnel de mettre des religieux à la tête d'une école où l'enseignement de la religion n'a plus de place. – Comment, d'ailleurs, n'être pas frappé du grave inconvénient de conserver des instituteurs qui ont deux supérieurs, dont l'un commande au nom de Dieu, et l'autre au nom de l'État, et qui, en cas de conflit entre ces deux autorités, sont naturellement portés à se soumettre à leur supérieur religieux plutôt qu'à leur supérieur civil ? – N'est-il pas même à la fois illogique et imprudent, de la part de l'État, de confier la jeunesse française, *pour lui donner les notions des devoirs civiques et éveiller en elle l'amour de nos institutions, à des maîtres qui obéissent à des chefs étrangers et qui se montrent, par principe, hostiles aux institutions républicaines et aux idées de la société moderne ?* »¹⁰⁵⁰

Ces lignes traduisent la substance de la neutralité républicaine – bien que celle-ci ne soit alors appliquée qu'à l'école – qui se distingue de la neutralité libérale par la volonté d'une adhésion aux principes républicains, et par une méfiance à l'égard des religions. Les prémices du principe de neutralité sont déjà, lors de l'œuvre de laïcisation précédant l'adoption de la loi de 1905, empruntées d'un contenu substantiel qui coexistera par la suite avec le socle libéral de la laïcité¹⁰⁵¹. Il en ressort la place primordiale de l'école dans la construction du citoyen à qui il faut inculquer « l'amour [des] institutions ». L'importance du rôle actif de l'école faisait également l'objet de la lettre de J. Ferry aux instituteurs du 17 novembre 1883¹⁰⁵².

326. La laïcisation de l'école publique se fit également au travers de la lutte anticongréganiste¹⁰⁵³, par deux décrets de 1880 qui interdisent la présence des jésuites dans l'enseignement et imposent aux autres congrégations une obligation d'enregistrement¹⁰⁵⁴. Parallèlement à la question de l'école, la suppression, en 1881-1882 des délits d'outrage à la

¹⁰⁴⁹ Article 17, Loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire : « Dans les écoles publiques de tout ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque ».

¹⁰⁵⁰ « Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire : extraits du rapport », disponible sur <https://www.senat.fr/evenement/archives/D42/rap1882.html>. (nous soulignons).

¹⁰⁵¹ Voir *supra*, § 353 et s.

¹⁰⁵² Il écrivait alors que « [l]e législateur n'a[vait] donc pas entendu faire une œuvre purement négative [car] la loi du 28 mars [...] affirm[ait] la volonté de fonder chez nous une éducation nationale, et de la fonder sur des notions du devoir que le législateur n'hésite pas à inscrire au nombre des premières vérités que nul ne peut ignorer ».

¹⁰⁵³ J. BAUBEROT, *Histoire de la laïcité en France*, op. cit., pp. 38-40.

¹⁰⁵⁴ La loi du 1^{er} juillet 1901 établit, quelques années plus tard, un régime dérogatoire pour les congrégations religieuses, en soumettant leur formation à une autorisation législative.

morale publique et à la religion marque un pas de plus vers la neutralité de l'État en tant qu'elle fait émerger « la liberté de ne pas croire »¹⁰⁵⁵. De même, la révision constitutionnelle de 1884 marque également une étape vers la neutralité de l'État en supprimant les prières publiques lors de l'ouverture des sessions parlementaires.

327. Dès la période révolutionnaire, lorsque « l'idée républicaine »¹⁰⁵⁶ commence à faire son chemin, il y a l'idée sous-jacente de neutralité, car la République, dès ses débuts, repose « sur le refus conscient de toute forme de transcendance »¹⁰⁵⁷, ce qui s'est accentué à la fin du XIX^e siècle avec sa consolidation¹⁰⁵⁸. Les lois scolaires de J. Ferry contenaient plus explicitement encore l'idée de neutralité, ainsi que le rappelle le Conseil d'État dans son rapport *Un siècle de laïcité*¹⁰⁵⁹. Ainsi, pour reprendre les termes de G. Haarscher, « les combats qui ont eu lieu au XIX^e siècle montrent qu'une fois la liberté de conscience plus ou moins assurée, la neutralité de l'État doit être établie »¹⁰⁶⁰. Elle le sera avec la loi de 1905, qui marque la fin de la période de laïcisation.

II. La consécration du principe de neutralité de l'État dans la loi de 1905

328. La loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État, dans la continuité de celle de 1901 sur les associations, est l'étape fondatrice du modèle français de neutralité. Elle met en œuvre la séparation de l'État et des Églises, mettant par-là fin au Concordat sur la majorité du territoire¹⁰⁶¹, et signe ainsi la fin de la « période fondatrice de la laïcité républicaine »¹⁰⁶² que fut la première partie de la III^e République¹⁰⁶³. Cette loi, fondamentale

¹⁰⁵⁵ J. BAUBEROT, « La laïcité entre la tolérance et la liberté », art. cit., p. 146.

¹⁰⁵⁶ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 485.

¹⁰⁵⁸ La laïcité est alors indétachable de la forme républicaine. Voir par exemple : M. MIAILLE, « La laïcité entre République et Démocratie », in *Constitution, justice, démocratie. Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020, pp. 481-489.

¹⁰⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004*, op. cit., p. 252. Le Conseil d'État se fonde notamment sur la circulaire du 17 novembre 1883, la « Lettre aux instituteurs ».

¹⁰⁶⁰ G. HAARSCHER, « La neutralité, l'intégrité et la protection des minorités », art. cit., p. 252.

¹⁰⁶¹ L'Alsace-Moselle, alors rattachée à l'Allemagne, n'était pas ainsi pas concernée par la fin du Concordat, qui demeure encore en vigueur dans ces départements. Par ailleurs, le régime fixé par la loi de 1905 ne concerne pas non plus la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, Wallis-et-Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon, et Mayotte, qui font l'objet de régimes *sui generis*. Ces différents territoires ne sont pas à proprement parler des exceptions à la loi de 1905 car « les dispositions ne sont pas contraires mais extérieures au régime de 1905 », et ainsi, « [o]n ne saurait parler de subversion de la laïcité là où il n'est pas prévu qu'elle s'applique » (V. VALENTIN, « Remarques sur les mutations de la laïcité. Mythes et dérives de la « séparation ». », art. cit.).

¹⁰⁶² A. BERGOUNIOUX, « La laïcité, valeur de la République », *Pouvoirs*, novembre 1995, n° 75, p. 20.

¹⁰⁶³ Sur la genèse de la loi de 1905, voir par exemple : J. LALOUETTE, *La séparation des Églises et de l'État : genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, coll. « L'univers historique », Paris, Seuil, 2005 ; J. LALOUETTE, *La république anticléricale : XIXe-XXe siècles*, coll. « L'univers historique », Paris, Seuil, 2002 ; J. FOYER, « La genèse de la loi de séparation », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 75-83 ; H. PENA-RUIZ,

dans l'histoire de la République, et bien sûr dans celle de la laïcité, signe en effet « l'achèvement de l'établissement de la République »¹⁰⁶⁴. La laïcité a pour objectif que chacun se reconnaisse dans l'idée républicaine ; elle vise l'unité de la nation en transcendant les convictions spirituelles de chacun. Si la liberté de conscience avait déjà été consacrée, l'apport de la loi de 1905 – qui en fait le point de départ de la neutralité républicaine – est la consécration du principe de séparation entre les Églises et l'État, qui pose – de manière implicite – le principe de neutralité de l'État (A). La particularité de la consécration du principe de neutralité dans le modèle français est que celui-ci porte de manière quasi-exclusive sur la religion – et non sur la sphère, plus large, du Bien (B).

A) La consécration implicite du principe de neutralité par la séparation des Églises et de l'État

329. La loi de 1905 ne fait jamais usage ni du terme de « laïcité » ni du terme de « neutralité », mais est pourtant considérée au fondement de l'une et de l'autre. Le principe de séparation entre les Églises et l'État est explicitement consacré à l'article 2 de la loi de 1905, qui dispose que la « République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». La séparation se traduit ainsi par le principe de non-reconnaissance et le principe de non-subventionnement des cultes. L'État n'est pas compétent sur les questions religieuses, et il n'opère plus de distinction entre les cultes – reconnus ou non reconnus. L'article 2 ne précise pas le sens de la notion de « culte », ni ne donne de critères d'identification des religions¹⁰⁶⁵. Le retrait de l'État est également financier : la séparation implique que l'État ne finance plus les cultes. Ainsi la non-reconnaissance des cultes est complétée par un « non-subventionnement » de ceux-ci, qui, s'il vise la neutralité¹⁰⁶⁶, a toutefois rapidement fait l'objet

Histoire de la laïcité : genèse d'un idéal, coll. « Découvertes Histoire », n° 470, Paris, Gallimard, 2005 ; P. RAYNAUD, *La laïcité : histoire d'une singularité française*, coll. « L'esprit de la cité », Paris, Gallimard, 2019 ; J. BAUBEROT, *Histoire de la laïcité française*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2000 ; A. BOYER, *1905, la séparation Églises-État : de la guerre au dialogue*, Paris, Cana, 2004 ; J.M. MAYEUR, *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, L'Atelier, 2005 ; J.M. MAYEUR, *La question laïque : XIXe-XXe siècle*, coll. « L'espace du politique », Paris, Fayard, 1997 ; G. WEILL, *Histoire de l'idée laïque en France au XIXe siècle*, coll. « Pluriel histoire », Paris, Hachette Littératures, 2004.

¹⁰⁶⁴ J. BAUBEROT, « La laïcité française : républicaine, indivisible, démocratique et sociale », *Cites*, 2012, n° 4, p. 12.

¹⁰⁶⁵ Celle-ci vint bien plus tard, en 1997, avec l'avis de l'Assemblée du Conseil d'État du 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, dans lequel le Conseil d'État donne une définition de la religion et indique les différentes conditions nécessaires à l'octroi du statut d'association culturelle (Conseil d'État, Ass., Avis, 24 octobre 1997, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom, n°187122). Cela soulève la délicate question de la définition par l'État neutre de la religion.

¹⁰⁶⁶ Conseil d'État, 15 février 2013, Association Grande Confrérie de Saint-Martial et autres, n°347049 : Le Conseil d'État estime que « la prohibition des subventions à l'exercice même d'un culte [...] poursuit depuis plus

de plusieurs exceptions et régimes dérogatoires¹⁰⁶⁷. La séparation entre les Églises et l'État est donc à la fois organique, fonctionnelle et financière. La sphère religieuse et la sphère étatique deviennent chacune autonome l'une de l'autre¹⁰⁶⁸.

330. À elle seule, la séparation n'est pas synonyme de neutralité. Or, la loi de 1905 n'évoque que la séparation, et non la neutralité de l'État. Pour P.-H. Prétot, « la loi de 1905, en organisant la séparation de l'État et des cultes reconnus, s'est préoccupée avant tout de régler sommairement le sort de ces derniers, sans chercher vraiment à penser la neutralité religieuse de l'État dans un cadre ouvert et pluraliste »¹⁰⁶⁹. Cette opinion est partagée par plusieurs auteurs, qui distinguent ainsi deux étapes distinctes dans la laïcité : celle de la séparation et celle de la neutralité¹⁰⁷⁰. Pour D. Koussens, la loi de 1905 correspond à l'affirmation de la neutralité de l'État, mais de manière imparfaite¹⁰⁷¹. Pour d'autres auteurs¹⁰⁷², et également selon Conseil d'État¹⁰⁷³, la neutralité religieuse de l'État est au contraire inhérente à l'article 2 de la loi de 1905. Pour M. Troper, le principe de neutralité est « impliqué par le principe de séparation »¹⁰⁷⁴.

331. Si la loi de 1905 ne pose pas explicitement le principe de neutralité de l'État, elle pose, aux articles 1 et 2, deux grands principes le composant : la liberté de conscience et le principe de séparation entre les Églises et l'État. Or, la liberté de conscience implique le désengagement de l'État de la sphère du Bien : elle est ainsi une composante du principe de neutralité. Celui-ci doit assurer la liberté de conscience : elle est un objectif moral visé par le principe de neutralité. Le principe de séparation implique quant à lui, au moment de sa mise en

d'un siècle le but légitime de garantir, compte tenu de l'histoire des rapports entre les cultes et l'État en France, la neutralité des personnes publiques à l'égard des cultes ».

¹⁰⁶⁷ Le principe de non-subventionnement des cultes n'est pas essentiel au maintien de la neutralité de l'État, ainsi qu'en témoignera sa partielle remise en cause : voir *infra*, §570 et s.

¹⁰⁶⁸ Cette loi pose donc le principe de séparation des Églises et de l'État, qui ne sera plus remis en question depuis. Néanmoins, ce n'est pas la première fois dans l'histoire de France que cette séparation est posée. La première tentative remonte au décret du 3 ventôse an III (21 février 1795) qui sera intégré à la Constitution de 1795 (Constitution du 1^{er} vendémiaire an IV). Ce régime prend fin avec l'instauration du Concordat en 1801 par la loi du 18 Germinal An X.

¹⁰⁶⁹ P.-H. PRÉTOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *Les Cahiers de droit*, avril 2005, vol. 40, n° 4, pp. 849-886.

¹⁰⁷⁰ Par exemple : J.-M. WOEHRLING, « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, droit et religion*, 2011, n° 1, p. 63 ; M. BARBIER, « Pour une définition de la laïcité française », *Le Débat*, 2005, vol. 134, n° 2, p. 129.

¹⁰⁷¹ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*, coll. « Droit et religion », Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 65.

¹⁰⁷² Par exemple : J. RIVERO, « La laïcité », art. cit. ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », art. cit. ; O. DORD, « L'affirmation du principe constitutionnel de laïcité dans la République », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 407-418 ; D. BLANC, « Au Panthéon des principes, la laïcité reconnaissante », *Petites affiches*, mars 2017, n° 65.

¹⁰⁷³ B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 11 décembre 2003.

¹⁰⁷⁴ M. TROPER, « Le principe de laïcité », *AJJC*, 2000, pp. 430-457.

œuvre, la non-reconnaissance et le non-subventionnement des cultes. Il s'agit là d'une mise en œuvre *passive* de la neutralité de l'État : ce dernier *se désengage* des questions religieuses. L'article 2, en particulier, circonscrit la question religieuse à la sphère privée actant ainsi la neutralité de l'État : avec la séparation, il n'appartient plus à l'État de se prononcer sur les questions religieuses. Par ailleurs, le fait pour l'État de placer toutes les croyances sur un pied d'égalité en n'en reconnaissant *aucune* a pour conséquence de respecter à la fois l'égalité entre les individus et l'absence d'interférence de l'État, deux dimensions fondamentales du principe de neutralité. Ainsi, malgré l'absence de référence explicite à la neutralité confessionnelle de l'État, et au principe de neutralité comme nouvelle organisation de l'État laïc, celui-ci a été instauré en 1905. La neutralité est alors envisagée au sens de « non-interférence ».

B) Une mise en œuvre restreinte de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée

332. La loi de 1905 montre que, si la laïcité est l'une des mises en œuvre contemporaines de la séparation libérale entre le Juste et le Bien, elle a la particularité d'être centrée presque exclusivement sur la séparation de l'État et des religions. De fait, J. Ferry précisait en 1883 que l'objectif était uniquement la neutralité religieuse : « Nous avons promis la neutralité religieuse, nous n'avons pas promis la neutralité philosophique, pas plus que la neutralité politique »¹⁰⁷⁵. La laïcité relègue ainsi les religions à la sphère privée, et se caractérise par la séparation des Églises et de l'État, qui est l'une des formes prises par la séparation entre sphère publique et sphère privée chère aux sociétés libérales. La séparation des Églises et de l'État opère une *dissociation* de l'État d'avec la société civile : c'est là la grande étape du début du XX^e siècle, par la « mise en place d'une bipartition du collectif entre une sphère proprement politique et une sphère civile, entre une sphère de la vie publique et une sphère des intérêts privés, où la famille voisine avec l'entreprise – une sphère dans laquelle toute la difficulté va être de faire entrer les Églises »¹⁰⁷⁶. En France, la séparation de l'État et de la société civile – socle de la neutralité – est donc, à l'origine, centrée sur les religions, et non sur les croyances en général. Il n'y a pas, explicitement, de séparation générale, c'est-à-dire de désengagement de l'État sur toutes les questions relatives au Bien. Celui-ci est implicite à l'article 1, qui garantit la liberté

¹⁰⁷⁵ Discours prononcé par M. Jules Ferry (Président du Conseil, Ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts), séance du 31 mai 1883, JO Sénat du 1er juin 1883.

¹⁰⁷⁶ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie : parcours de la laïcité*, coll. « Folio Essais », n° 394, Paris, Gallimard, 2001, pp. 53-54.

de conscience, mais la loi de 1905 reste centrée sur la question religieuse. Le modèle français de laïcité proposa donc, dans un premier temps, une interprétation spécifique de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée. Celle-ci sera élargie avec l'apparition du principe de neutralité du service public¹⁰⁷⁷.

333. Le point de départ du principe de neutralité de l'État dans le modèle français fut ainsi la loi de 1905, qui envisageait alors la neutralité comme cadre du Juste, ce qui sera confirmé dans sa mise en œuvre.

§2. Une mise en œuvre libérale du principe de neutralité

334. La consécration législative de la laïcité-neutralité est conforme au modèle libéral de primat du Juste sur le Bien : la laïcité est un cadre de liberté. Cette vision, qui s'est imposée dans la loi de 1905 (I), sera par la suite protégée au niveau constitutionnel (II).

I. Le cadre libéral posé par la loi de 1905

335. L'esprit de la loi de 1905 traduit la vision originellement libérale de la loi de 1905 (A), malgré la spécificité du modèle français (B).

A) L'esprit de la loi de 1905

336. Au cours de débats ayant précédé l'adoption de la loi de 1905, deux visions s'affrontaient autour de la laïcité : celle de la laïcité comme cadre du Juste et celle de la laïcité comme vision du Bien¹⁰⁷⁸. Sous la III^e République, le parti républicain avait pour objectif la lutte anticléricale : il s'agissait alors d'instaurer, contre l'hégémonie de l'Église catholique, une société moderne, dont l'unité ne se trouvait pas dans l'Église mais dans l'État et dans la citoyenneté. « Le cléricalisme, voilà l'ennemi » disait L. Gambetta à l'aube de la III^e République¹⁰⁷⁹, traduisant ainsi un fort sentiment d'anticléricalisme au sein du camp

¹⁰⁷⁷ Voir *infra*, § 343.

¹⁰⁷⁸ Cette distinction reste schématique. J. Baubérot identifie plus précisément des modèles distincts au sein de ces deux grands ensembles : J. BAUBÉROT, *Les sept laïcités françaises*, *op. cit.* De même, M. Troper identifie par exemple quatre modèles de laïcité : M. TROPER, « Le principe de laïcité », *art. cit.*

¹⁰⁷⁹ Toutefois, cet anticléricalisme chez L. Gambetta doit être nuancé, car il déclarait aussi, dans son *Discours de Romans* de septembre 1878 : « Non, nous ne sommes pas les ennemis de la religion, d'aucune religion. Nous

républicain. Pour une partie des républicains, les plus radicaux, la laïcisation de la société, et en particulier de l'école, reflétait une certaine idéologie, celle du progrès et de la raison. La vision d'une laïcité substantielle était notamment défendue par É. Combes, É. Vaillant ou encore M. Allard¹⁰⁸⁰ et était profondément anticléricale. Il s'agissait alors d'une laïcité de combat *contre* l'Église catholique et *pour* le progrès et la civilisation. Par son contenu substantiel, cette vision de la laïcité ne correspondait pas à la mise en œuvre d'un principe de neutralité de l'État, car elle imposait une vision du monde précise dans laquelle l'État devait « imposer une sécularisation complète des individus »¹⁰⁸¹. Dans la conception de la laïcité défendue par É. Combes, l'État pouvait, voire devait, intervenir pour lutter contre certaines formes religieuses « obscurantistes ou passéistes »¹⁰⁸². Si cette vision de la laïcité reflète la lutte menée par les républicains contre l'Église catholique pour aboutir à la loi de 1905, qui avait effectivement vocation à *neutraliser* l'Église catholique, l'idée d'une laïcité de combat – qui a effectivement permis l'adoption de la loi de 1905¹⁰⁸³ – ne s'est pas trouvée dans le texte final. Ainsi que le résume Y.-C. Zarka, « [l]a séparation des Églises et de l'État est la consécration d'un long combat mais la loi de 1905 est une loi laïque de pacification et d'unité »¹⁰⁸⁴.

337. En effet, c'est la vision libérale, notamment défendue par J. Jaurès et A. Briand, qui s'est imposée au cours des débats pour s'imprimer dans la loi de 1905. Ils seront ainsi les principaux architectes de la loi de 1905. La loi de 1905 est une « loi d'équilibre »¹⁰⁸⁵ ; une « loi de liberté »¹⁰⁸⁶ ; une « loi libérale, juste et sage »¹⁰⁸⁷, qui « a fait primer la conception pacificatrice de la laïcité prônée par Aristide Briand »¹⁰⁸⁸. Elle pose la dimension négative de

sommes, au contraire, les serveurs de la liberté de conscience, respectueux de toutes les opinions religieuses et philosophiques. Je ne reconnais à personne le droit de choisir, au nom de l'État, entre un culte et un autre culte, entre deux formules sur l'origine des mondes ou la fin des êtres. Je ne reconnais à personne le droit de me faire ma philosophie ou mon idolâtrie : l'une ou l'autre ne relève que de ma raison ou de ma conscience ; j'ai le droit de me servir de ma raison et d'en faire un flambeau pour me guider après des siècles d'ignorance ou de me laisser bercer par les mythes des religions enfantines » (Discours in-extenso de M. Léon Gambetta (député), prononcé à Romans (Drôme) le 18 septembre 1878, Romans, impr. Henri Rosier, 1878, p. 9).

¹⁰⁸⁰ J. Baubérot distingue différentes conceptions chez ces hommes politiques : la laïcité « antireligieuse », identifiée notamment chez M. Allard, et la laïcité « gallicane » d'É. Combes (J. BAUBÉROT, *Les sept laïcités françaises*, op. cit.).

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 40.

¹⁰⁸³ Pour le Conseil d'État, la laïcité de combat se retrouve dans les grandes lois de laïcisation des années 1880 (CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004*, op. cit., p. 253).

¹⁰⁸⁴ Y.C. ZARKA (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, coll. « Intervention philosophique », Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 56.

¹⁰⁸⁵ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2012, p. 11.

¹⁰⁸⁶ A. BRIAND, cité par CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004*, op. cit., p. 258.

¹⁰⁸⁷ J. JAURES, cité par *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ J.-M. SAUVE, « Laïcité et République », intervention lors de la Conférence Olivaint le 6 décembre 2016, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/laicite-et-republique>.

la laïcité : il s'agit d'exclure la religion de la sphère de contrôle et d'intervention de l'État. A. Briand déclarait lors des débats parlementaires, que la place, à l'article 1^{er}, de la liberté de conscience montrait l'esprit libéral de la loi de 1905, et qu'ainsi « le juge saura dans quel esprit tous les autres [articles] ont été conçus et adoptés » et que « toutes les fois que l'intérêt public ne pourra être légitimement invoqué dans le silence des textes ou dans le doute de leur exacte application, c'est la solution libérale qui sera la plus conforme à la pensée législative »¹⁰⁸⁹. C'est ainsi le camp de J. Jaurès et A. Briand qui a imposé sa vision de la séparation, consacrant l'esprit libéral de la loi de 1905.

338. L'objectif de la loi est la création d'un espace de liberté hors de la sphère d'intervention de l'État : il s'agit de faire en sorte que la République ne soit pas en position d'« opprimer les consciences ou [de] gêner dans ses formes multiples l'expression extérieure des sentiments religieux », et qu'elle respecte et fasse respecter « la liberté de conscience et la liberté des cultes »¹⁰⁹⁰. Par cette loi de séparation, le modèle français met en œuvre la séparation entre le Juste et le Bien, et assure la primauté du Juste. Il s'agit, en effet, comme l'explique J. Ferry, de garantir un espace de liberté :

« J'affirme que l'État doit être laïque et que l'ensemble de la société doit être représenté par des organes laïques. Qu'est-ce donc au fond que ce principe ? [...] C'est la doctrine de la séparation de deux domaines, le domaine de l'État et celui de la conscience, le temporel et le spirituel. »¹⁰⁹¹

La loi de 1905 met donc en œuvre l'idée selon laquelle la sphère publique doit être séparée de la sphère privée – qu'il n'appartient pas à ses *compétences* d'intervenir dans les questions des croyances – et l'idée selon laquelle la religion relève de cette sphère privée, qui est celle de l'individu, et non de la sphère publique. La laïcité est alors envisagée de manière procédurale : le cadre posé par la laïcité respectant le principe libéral de *retrait* de l'État, et donc de *neutralité passive* de celui-ci, vise à délimiter le cadre du Bien. Par ailleurs, la loi de 1905 est adoptée sous la III^e République, et ne repose ainsi sur aucun grand principe ou contenu substantiel, les lois constitutionnelles de 1875 en étant dépourvu.

339. La mise en œuvre libérale, par la loi de 1905, de la séparation de l'Église et de l'État ne correspond néanmoins pas à un désengagement total et entier de la part de l'État. En effet, la séparation, si elle vise le retrait de l'État du domaine des croyances, est aussi *garantie* par

¹⁰⁸⁹ A. BRIAND, cité par CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004*, op. cit., p. 259.

¹⁰⁹⁰ A. BRIAND, cité par J.M. MAYEUR, *La séparation des Églises et de l'État*, op. cit., pp. 36-37.

¹⁰⁹¹ *Discours et opinions de Jules Ferry*, tome deuxième, Paris, Armand Colin 1894, p. 253.

lui. Dès l'origine, malgré la mise en œuvre *passive* de la neutralité, il y a donc tout de même une dimension active inévitable¹⁰⁹², car l'État garantit le respect de la séparation des Églises et de l'État, de même qu'il garantit la liberté de conscience. L'article 1^{er} de la loi de 1905 le dit expressément : la République « garantit le libre exercice des cultes ». L'État a donc un rôle *actif*, car il garantit le respect de la liberté de conscience et de culte. Ainsi que le formule J. Baubérot, « [l']État est activement neutre, comme un arbitre sur un terrain de football »¹⁰⁹³. Il y a donc un double sens dans la laïcité, car « laïque, l'État assure [la liberté de conscience, c'est-à-dire la liberté personnelle de croire ou de ne pas croire] » et « se reconnaît l'obligation de rendre possible l'exercice des cultes »¹⁰⁹⁴. La neutralité comme cadre du Juste ne s'envisage donc pas uniquement comme une neutralité-abstention, et ce, dès la loi de 1905, car l'État doit rendre effective la loi de 1905, en garantissant le cadre du Juste, et donc, notamment, la possibilité pour les individus d'être en mesure de pratiquer leur culte. Or, « la neutralité [étant] toujours à conquérir »¹⁰⁹⁵, le rôle actif de l'État est permanent : l'équilibre libéral de la loi de 1905 et le maintien du cadre du Juste imposent la perpétuelle action de l'État.

340. L'esprit libéral de la loi de 1905 sera confirmé par la mise en œuvre du principe de neutralité, qui, malgré la spécificité française d'une acception extensive de la sphère publique, est longtemps resté conforme au primat du Juste sur le Bien.

B) La spécificité de la mise en œuvre républicaine de la neutralité de l'État

341. La manifestation de la neutralité de l'État se caractérise par la séparation entre la sphère publique et la sphère privée. L'acception de la sphère publique dans le modèle français est une spécificité du modèle républicain, qui appréhende la sphère publique au sens large. Dans les pays à tradition libérale, cette séparation n'empêche en rien la *visibilité* du religieux dans l'espace public : au contraire, les individus ont – en raison de la neutralité de l'État ayant pour corollaire la liberté individuelle et notamment la liberté religieuse – un droit à manifester leurs

¹⁰⁹² Sur ce point : P. CAYE et D. TERRE, « Le neutre à l'épreuve de la puissance publique. Les conditions métaphysiques de la laïcité », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 27-41.

¹⁰⁹³ L'auteur poursuit la métaphore de la manière suivante pour expliquer le rôle actif de l'État : « L'arbitre court avec les joueurs (les divers acteurs de la société civile), mais il ne marque pas de but ni n'empêche que les buts soient marqués. Il veille au respect des règles. Et quand il siffle, les joueurs doivent se soumettre à son arbitrage » (J. BAUBÉROT, « La laïcité française : républicaine, indivisible, démocratique et sociale », art. cit., p. 13).

¹⁰⁹⁴ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, 7e éd., coll. « Thémis », Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 156 et s.

¹⁰⁹⁵ P. CAYE et D. TERRE, « Le neutre à l'épreuve de la puissance publique. Les conditions métaphysiques de la laïcité », art. cit., p. 31.

croyances dans l'espace public, par exemple en portant des vêtements en accord avec leurs pratiques religieuses. Le modèle français de neutralité met en œuvre, dès 1905, cette séparation de manière plus « stricte » que dans le modèle libéral : la neutralité de l'État englobe alors celle du service public, des agents publics et des monuments et emplacements publics. Par son histoire, la France est opposée à la « visibilité publique » du religieux¹⁰⁹⁶ afin de préserver non seulement l'effectivité de la neutralité, mais surtout son apparence : il s'agit d'empêcher l'association d'une religion avec l'État, ce qui s'est concrétisé dans la loi de 1905 par l'application du principe de neutralité aux bâtiments publics. Pour P. Rolland, le législateur, en 1905, ne souhaitait pas éradiquer la visibilité du religieux de l'espace public, mais visait seulement à conserver l'apparence de neutralité de l'État : elle visait donc uniquement l'État, et non la visibilité du religieux dans l'espace public¹⁰⁹⁷.

342. La mise en œuvre de la neutralité de l'État se manifeste, dans la loi de 1905, par son application aux « monuments publics » et autres « emplacement[s] public[s] » à l'article 28¹⁰⁹⁸. Cet article met en œuvre une acception stricte de la neutralité, et étend la sphère publique aux monuments et emplacements publics, ce qui reflète une vision extensive du principe de neutralité. Néanmoins, pour A. Briand, il s'agissait, grâce à cet article, de ne pas imposer certaines croyances à l'ensemble de la population, de manière à respecter la liberté de conscience de chacun. Les emplacements publics ne concernent en aucun cas, comme l'a précisé A. Briand au cours des débats, les propriétés privées : l'exigence de neutralité est uniquement celle de monuments ou emplacements appartenant à l'État, et ne correspond pas à la neutralisation de l'ensemble des signes religieux dans les emplacements publics¹⁰⁹⁹. L'objectif visé est que l'État n'affiche aucune préférence pour une religion particulière, afin de préserver la liberté de conscience¹¹⁰⁰. Néanmoins, cette mise en œuvre spécifique de la

¹⁰⁹⁶ P. ROLLAND, « Le droit français et la visibilité du religieux dans l'espace public », *RFDA*, 2021, p. 511.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

¹⁰⁹⁸ Article 28, Loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État : « Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions ».

¹⁰⁹⁹ A. BRIAND, lors de la séance du 27 juin 1905 à la Chambre des députés, *Annales de la Chambre des députés*, 1905, p. 990 s.

¹¹⁰⁰ Par exemple, dans deux affaires relatives à la présence de crucifix dans des salles de délibération de conseils municipaux, la Cour administrative de Nantes a décidé que « l'apposition d'un emblème religieux, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 1905, à l'extérieur comme à l'intérieur d'un édifice public communal méconnaît la liberté de conscience, assurée à tous les citoyens » (CAA Nantes, 4 février 1999, Guillorel, n°98NT00337 ; 4 février 1999, Association Joué Langueurs et a., n°98NT00207).

neutralité de l'État n'est pas sans difficulté, comme en témoignent par exemple le contentieux relatif aux crèches de Noël¹¹⁰¹ ou celui relatif à la présence d'une statue dans l'espace public¹¹⁰².

343. La mise en œuvre du principe de neutralité¹¹⁰³ s'est considérablement élargie avec l'apparition de l'exigence de neutralité des services publics¹¹⁰⁴, car l'objet de la neutralité du service public dépasse les seules convictions et pratiques religieuses¹¹⁰⁵. En droit français, le principe de neutralité de l'État s'applique également à ses agents¹¹⁰⁶. Cette acception de la neutralité de l'État est particulièrement étendue, comparativement aux autres pays occidentaux. Les agents doivent observer une stricte neutralité dans leur emploi tant au niveau de leur religion que de leurs opinions politiques ou philosophiques¹¹⁰⁷. Cette neutralité s'étend à « l'apparence »¹¹⁰⁸ : le principe de neutralité implique donc l'interdiction des signes religieux pour les agents publics. Cette application extensive de la neutralité du service public et de l'État montre la caractéristique du modèle républicain français qui est celle de la méfiance : les agents publics doivent montrer leur fidélité à l'État et à ses principes, et il ne peut exister aucun doute sur celle-ci : l'agent doit *prouver* sa neutralité.

¹¹⁰¹ Conseil d'État, Ass., 9 nov. 2016, Commune de Melun, n° 395122 ; Conseil d'État, Ass., 9 nov. 2016, Fédération de la libre pensée de Vendée, n°395223 : Ces affaires témoignent de la difficulté de la mise en œuvre du principe de neutralité de l'État et de l'interprétation de l'article 28 : il s'agissait de deux affaires dans lesquelles était contestée l'installation d'une crèche de Noël. Le Conseil d'État opère une distinction selon que l'installation présente un caractère culturel, artistique ou festif, ou selon qu'elle exprime la reconnaissance d'un culte ou marque une préférence religieuse. Par ailleurs, le Conseil d'État distingue également selon le lieu de l'installation. Ainsi, dans les bâtiments publics, le principe de neutralité fait obstacle à l'installation d'une crèche de Noël, sauf si celle-ci présente un caractère culturel, artistique ou festif. En revanche, dans les emplacements publics, l'installation d'une crèche de Noël est légale, sauf si elle constitue un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse.

¹¹⁰² Il s'agit d'un arrêt du Conseil d'État de 2017 (Conseil d'État, 25 octobre 2017, Fédération morbihannaise de la libre pensée, n°396990). Dans cette affaire, une statue de Jean-Paul II avait été érigée sur un lieu public. Le Conseil d'État avait alors considéré que la présence d'une croix dominant la statue avait un caractère objectivement religieux, qui faisait donc obstacle à la présence de la statue sur la voie publique. La statue en elle-même, représentant le Pape en vêtements liturgiques, aurait pu subsister sans violer l'article 28 de la loi de 1905. La statue a finalement été déplacée, dans son ensemble, sur un emplacement privé. Cette affaire montre qu'il ne s'agit pas, dans l'article 28, d'interdire la visibilité du religieux dans l'espace public, mais uniquement sur les lieux et emplacements appartenant à la personne publique. En l'espèce par exemple, la statue, une fois déplacée, était toujours visible dans l'espace public. Comme le rappelle le Conseil d'État dans cet arrêt, il s'agit uniquement d'une exigence de neutralité des personnes publiques, qui implique d'interdire la marque d'une préférence religieuse.

¹¹⁰³ R. SCHWARTZ, « La jurisprudence de la loi de 1905 », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 85-94.

¹¹⁰⁴ Les règles relatives aux services publics ont été systématisées par le Professeur L. Rolland : L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1943. Il n'y évoque néanmoins pas le principe de neutralité du service public, ce dernier était en effet assimilé au principe d'égalité. Sur ce point, voir par exemple : D. TRUCHET, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA*, 1997, p. 42.

¹¹⁰⁵ Conseil d'État, Ass., 28 mai 1954, Barel, n°28238, n°28493, n°28524, n°30237, n°30256 : Le Conseil d'État consacre le principe de neutralité en matière d'opinions politiques.

¹¹⁰⁶ Conseil d'État, 3 mai 1950, Dlle Jamet, n°98284 : Le Conseil d'État évoque le « devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent public collaborant à un service public ».

¹¹⁰⁷ Par exemple : Conseil d'État, 27 juillet 2005, Commune de Sainte Anne, n°259806.

¹¹⁰⁸ Conseil d'État, Avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, n°217017.

344. Le modèle français a donc adopté une conception large de la sphère publique, englobant non seulement l'État et ses institutions, mais également les monuments et emplacements publics, les services publics, ainsi que les agents de l'État. En elle-même, cette conception de la sphère publique – en particulier l'exigence de neutralité imposée aux agents publics¹¹⁰⁹ – ne fait pas obstacle à l'acception libérale de la neutralité. L'acception stricte adoptée par la République avait vocation, comme le rappelaient A. Briand et J. Jaurès, à préserver la liberté de conscience des individus. Il n'y a pas, dans cette acception, de remise en cause de la primauté du Juste sur le Bien, car l'exigence de neutralité ne porte que sur l'État. En revanche, dès lors que l'exigence de neutralité dépasse la sphère publique, elle traduit une vision du Bien¹¹¹⁰.

345. La neutralité comme cadre du Juste a donc été d'abord consacrée par la loi, et le sera ensuite par la constitution.

II. La constitutionnalisation du cadre libéral

346. La constitutionnalisation de la laïcité représente l'une des grandes étapes de la construction de la laïcité française, et celle-ci a consacré une vision libérale de la laïcité et donc de la neutralité. C'est en particulier à partir de la constitutionnalisation de la laïcité¹¹¹¹ que celle-ci prend davantage le sens de neutralité (A), le lien entre les deux ayant été ensuite précisé par la jurisprudence (B).

A) Laïcité et neutralité dans les Constitutions de 1946 et 1958

347. La constitutionnalisation de la laïcité s'est d'abord faite par la Constitution de 1946, dont l'article 1 définit la France comme une « République [...] laïque ». Ainsi, ce n'est pas la séparation des Églises et de l'État, ni la neutralité de l'État, qui prennent une valeur constitutionnelle, mais bien la *laïcité* – bien que celle-ci soit alors « entendue dans le sens de la neutralité de l'État »¹¹¹². La laïcité devient alors « une caractéristique essentielle – et

¹¹⁰⁹ Cette règle a par ailleurs été rappelée, dans sa dimension religieuse, par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires : « Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses ».

¹¹¹⁰ Voir *infra*, § 353 et s.

¹¹¹¹ O. DORD, « L'affirmation du principe constitutionnel de laïcité dans la République », art. cit.

¹¹¹² P. COSTE-FLORET, Débats à l'Assemblée Nationale Constituante, Séance du 21 août 1946, Séances de la Commission de la Constitution, comptes-rendus analytiques, p. 306.

consensuelle – de l'État-nation républicain »¹¹¹³, mais n'est toujours pas définie, ni explicitement liée à la neutralité de l'État. La neutralité de l'État était néanmoins clairement donnée comme garantie de la liberté de conscience et de cultes dans le projet de Constitution du 19 avril 1946 rejeté par référendum, dont l'article 13 était particulièrement explicite :

« Nul ne peut être inquiété en raison de ses origines, de ses opinions ou croyances en matière religieuse, philosophique ou politique. La liberté de conscience et des cultes est garantie par la neutralité de l'État à l'égard de toutes les croyances et de tous les cultes. Elle est garantie notamment par la séparation des Églises et de l'État, ainsi que par la laïcité des pouvoirs et de l'enseignement public. »

Le projet rejeté avait expressément lié la neutralité à son objectif : la garantie de la liberté de conscience et des cultes. Ce lien avait été résumé dans les débats par M. Schumann : « la doctrine de neutralité – ou, pour mieux dire, l'impartialité de l'État, à l'égard des croyances de tous les membres de la communauté nationale – ne saurait se concevoir comme une contrainte restrictive [...] mais comme une garantie de véritable liberté »¹¹¹⁴. La laïcité correspondait alors explicitement à la neutralité libérale de l'État, qui a toujours pour corollaire la liberté. Par ailleurs, l'article 13 du projet rejeté avait la particularité de mentionner, dans un sens très général, la neutralité vis-à-vis de toutes les croyances et de tous les cultes, consacrant la vision libérale d'une neutralité vis-à-vis des conceptions du bien, et non uniquement vis-à-vis des croyances et pratiques religieuses. Si la Constitution finalement adoptée ne sera malheureusement pas aussi explicite sur l'articulation des différentes composantes de la laïcité – liberté de conscience et de cultes, principe de séparation des Églises et de l'État et principe de neutralité de l'État – elle consacrera néanmoins la même vision libérale d'une République laïque visant à garantir la liberté de conscience et de cultes des citoyens. J. Rivero releva sur ce point qu'« aucun [...] orateur [...] ne s'écarter[a] de cette idée de neutralité »¹¹¹⁵. La laïcité correspondait alors à la neutralité de l'État.

348. Cette vision est également celle de la Constitution de 1958. L'article 1^{er} de la Constitution de 1958 dispose que la France est une « République [...] laïque », qu'elle « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », et qu'elle « respecte toutes les croyances ». Si elle n'affirme pas de manière explicite le principe de neutralité, il ressort clairement de cet article que, pour assurer l'égalité des citoyens et le

¹¹¹³ J. BAUBEROT, « La tolérance dans la France actuelle », in G. SAPIN (dir.), *Tolérance et intolérance. De l'édit de Nantes à nos jours*, Rennes, Apogée ; Presses Universitaires de Rennes, 1998.

¹¹¹⁴ JO Ass. nat., 3 sept. 1946, p. 3474.

¹¹¹⁵ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », art. cit., p. 258.

respect de toutes les croyances, la République doit être neutre, au sens d'impartiale¹¹¹⁶. Par ailleurs, en évoquant le respect de « toutes les croyances » sans spécifier le caractère *religieux* de celles-ci, la Constitution de 1958 s'inscrit dans une vision rawlsienne de la neutralité vis-à-vis des conceptions du bien, au sens général¹¹¹⁷ : le principe de neutralité libérale vise la coexistence de différentes croyances dans le cadre du Juste. La formulation générale de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 a pour conséquence de poser plusieurs principes : la liberté de conscience et de religion, la neutralité de l'État vis-à-vis des croyances, et l'égalité entre les individus. Le principe de neutralité est alors clairement envisagé, dans la Constitution de 1958, dans son acception libérale : la neutralité de l'État vise à garantir et à préserver la liberté des individus.

B) La précision du lien entre neutralité et laïcité par la jurisprudence

349. Le lien entre laïcité et neutralité fut longtemps flou dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle, témoignant de la difficulté de celui-ci et de l'absence de caractère totalement identique entre les deux termes, pourtant souvent confondus ou assimilés l'un à l'autre. Le Conseil d'État considère parfois comme un seul et même principe le principe de « laïcité de l'État et de neutralité des services publics »¹¹¹⁸, bien qu'il lui arrive de distinguer les deux en relevant par exemple « un manquement au principe de laïcité *et* à l'obligation de neutralité »¹¹¹⁹. Il précise parfois que « le principe constitutionnel de laïcité [...] implique la neutralité de l'État »¹¹²⁰. Par ailleurs, si le Conseil d'État fait du principe de laïcité un principe

¹¹¹⁶ Cette affirmation fait consensus chez les auteurs. J. Rivero, par exemple, fait l'analyse suivante : « Laïcité libérale, laïcité respectueuse du réel, telle est la forme que le droit a donnée à la laïcité de l'État français : et la constitution du 4 octobre 1958, bien inspirée sur ce point, ne fait que consacrer cette évolution lorsque, dans son article 2, elle commente, par les deux idées d'égalité devant la loi sans distinction de religion et de respect de toutes les croyances, la formule de 1946 : "La France est une République laïque" » (J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative », in *La laïcité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1960, p. 282). Dans le même sens, M. Prélôt écrit que « [l]a laïcité traduit la neutralité idéologique de l'État [qui] est explicitée par la Constitution elle-même lorsque celle-ci déclare que la République respecte toutes les croyances et qu'elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction ... de religion » (M. PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9e éd., *op. cit.*, p. 624).

¹¹¹⁷ Néanmoins, pour certains auteurs, la formule unique de « croyances » est trop restrictive, car elle peut être comprise comme excluant les convictions non religieuses. Sur ce point, par exemple : P.-H. PRELOT, « Définir juridiquement la laïcité », in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et justice », n° 67, Bruxelles, Bruylant, 2006, n. 14.

¹¹¹⁸ Conseil d'État, Avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, n°217017. Le Conseil d'État réutilise ici la formule déjà employée dans son avis du 29 novembre 1989 dans lequel il précise que « le principe de laïcité de l'enseignement public » est l'un « des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics ».

¹¹¹⁹ Conseil d'État, 15 octobre 2003, Odent, n°244428 (nous soulignons).

¹¹²⁰ Conseil d'État, 16 mars 2005, Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française, n°265560. Le Conseil d'État utilisait une formule similaire dans un avis du 21 septembre 1972, dans lequel il écrit que « les

fondamental reconnu par les lois de la République dans une décision du 6 avril 2001¹¹²¹, il n'en fait pas autant pour le principe de neutralité de l'État, hiérarchiquement distinct de la laïcité. Le Conseil d'État distingue donc les deux principes, et fait procéder la neutralité de la laïcité¹¹²². Par ailleurs, le Conseil d'État – comme le Conseil constitutionnel¹¹²³ – ne fait pas de lien entre le principe de neutralité et la liberté de conscience qui est pourtant son objectif¹¹²⁴.

350. Le lien entre neutralité et laïcité fut, dans un premier temps, abordé avec « prudence » par le Conseil constitutionnel¹¹²⁵. Dans une décision de 1994, le Conseil constitutionnel évoque la laïcité de manière indirecte, et sans la définir¹¹²⁶. Le principe de neutralité des services publics, dont la valeur constitutionnelle a été consacrée dans une décision de 1986¹¹²⁷, n'est pas assimilé au principe général de neutralité de l'État¹¹²⁸. Le Conseil constitutionnel a attendu une décision de 2004 pour définir explicitement le concept de laïcité, auquel il donne une définition substantielle éloignée de l'acception de la laïcité-neutralité¹¹²⁹. Néanmoins, il ressort d'une décision de 2013, une acception libérale de la laïcité, appréhendée comme cadre du Juste :

« le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés
que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ;

dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité [...] imposent la neutralité de l'ensemble des services publics » (Conseil d'État, Ass., 21 septembre 1972, n°309354).

¹¹²¹ Conseil d'État, 6 avril 2001, Syndicat national des enseignants du second degré, n°219379 n°221699 n°221700 : « [L]es préambules de constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République au nombre desquels figure le principe de laïcité ».

¹¹²² Toutefois, dans un arrêt de 1992, la hiérarchie était inversée : « le principe de laïcité de l'enseignement public qui résulte notamment des dispositions précitées et qui est un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part de cette neutralité [...] » (Conseil d'État, 2 novembre 1992, MM. Kherouaa et Balo, n°130394).

¹¹²³ Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de la liberté de conscience, sans toutefois la rattacher à la neutralité, ni à la laïcité. Dans un premier temps reconnue comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977), la liberté de conscience fut ensuite rattachée à l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (Décision n°2013-353 QPC du 18 octobre 2013 ; Décision n°2017-695 QPC du 29 mars 2018).

¹¹²⁴ Par exemple, dans sa décision *Dlle Marteaux* de 2000, le Conseil d'État mentionne la liberté de conscience et le principe de laïcité de l'État et de neutralité des services publics sans toutefois les lier l'un à l'autre. Le rapport de 2004 précise toutefois « le caractère indissociable de la liberté de conscience et du principe de neutralité » (CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004, op. cit.*, p. 274).

¹¹²⁵ O. DORD, « L'affirmation du principe constitutionnel de laïcité dans la République », art. cit., p. 411.

¹¹²⁶ Décision n°93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.

¹¹²⁷ Décision n°86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication : Le Conseil constitutionnel considère que la neutralité des services publics est le corollaire du principe d'égalité. Le principe d'égalité ne fut pas, par la suite, le seul fondement au principe de neutralité des services publics : la jurisprudence administrative et constitutionnelle le fonde également sur la liberté, en tant que la neutralité des services publics est un moyen de protéger la liberté de conscience des usagers.

¹¹²⁸ Décision n°96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi sur l'entreprise nationale France télécom : Le Conseil constitutionnel évoque la neutralité comme principe constitutionnel régissant le service public, et non pas le principe de neutralité de l'État au sens général.

¹¹²⁹ Voir *infra*, § 570.

qu'il en résulte également que la République ne reconnait aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte. »¹¹³⁰

Pour la première fois, le principe de neutralité de l'État est posé de manière *générale* par le Conseil constitutionnel, bien que ce dernier n'ait pas saisi l'occasion de « protéger la neutralité contre la neutralisation »¹¹³¹. En effet, avant cette décision du Conseil constitutionnel, la neutralité était toujours rattachée au service public ; la neutralité de l'État, en général n'était jamais posée explicitement. Par ailleurs, pour la première fois, deux principes issus de la loi de 1905 – la non-reconnaissance des cultes et le libre exercice des cultes – sont reconnus comme composantes du principe de laïcité. Néanmoins, la décision ne mentionne ni le principe de séparation, ni la liberté de conscience. La neutralité prend le pas sur la séparation, celle-ci étant absente de la définition du Conseil constitutionnel. La laïcité, qui impose la neutralité, est intégrée aux droits et aux libertés que la Constitution garantit. La décision rappelle le caractère dualiste du principe de laïcité, qui est une exigence adressée à l'État pour protéger les individus : le Conseil constitutionnel, dans sa décision de 2013, rappelle ces deux dimensions en précisant les devoirs imputés à l'État afin de préserver la laïcité – bien que cela soit ambigu lorsqu'il intègre la laïcité dans son ensemble aux « droits et libertés que la Constitution garantit » tandis qu'elle est avant tout une exigence adressée à l'État : la neutralité de l'État est un principe institutionnel qui garantit les droits et libertés, elle n'est pas – en tant que telle – un droit. Cette définition de la laïcité sera confirmée par la suite¹¹³². Par ailleurs, le Conseil d'État a donné une définition similaire dans une décision de 2020 :

« Le principe de laïcité, qui figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit, impose notamment que la République assure la liberté de conscience et l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et garantisse le libre exercice des cultes. Il en résulte également la neutralité de l'État et des autres personnes publiques à l'égard des cultes, la République n'en reconnaissant ni n'en salariant aucun. »¹¹³³

¹¹³⁰ Décision n°2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité.

¹¹³¹ M. PHILIP-GAY, « Le Conseil constitutionnel et la laïcité. Quelques réflexions à la lumière de l'oeuvre de Dominique Rousseau », in *Constitution, justice, démocratie. Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020, pp. 728-729.

¹¹³² Décision n°2017-633 QPC du 2 juin 2017, Collectivité territoriale de la Guyane : « Le principe de laïcité, qui figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit, importe notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ».

¹¹³³ Conseil d'État, 15 juillet 2020, n°423702.

Dans cet arrêt, il précise que ces exigences « constitutionnelles » se trouvent dans la loi de 1905.

351. Ces différentes appréhensions et définitions de la laïcité dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles montrent, ainsi que le soutenait J. Rivero, que dès lors que la laïcité est envisagée de manière libérale, elle correspond dans sa mise en œuvre au principe de neutralité de l'État. Il n'y a pas de contradiction, contrairement à ce qu'affirme le rapport Stasi¹¹³⁴, entre neutralité de l'État et liberté religieuse : le cadre du Juste garantit, par le principe de neutralité de l'État, la liberté religieuse des individus, ainsi que le veut l'esprit de la laïcité mis en œuvre par la loi de 1905.

352. Conclusion de section. Telle qu'elle apparaît dans la loi de 1905 et dans sa compréhension initiale par les juridictions constitutionnelle et administrative, il ressort, ainsi que le formule P.-H. Prélôt, « une conception pragmatique et libérale de laïcité, définie comme l'affirmation de la neutralité religieuse de l'État, et comme la garantie effective de la protection des convictions religieuses et de leur expression libre dans l'espace social »¹¹³⁵. Dans son acception libérale, la laïcité correspond effectivement, comme le soulignait J. Rivero, à la neutralité de l'État. En ce sens, la laïcité n'a pas de valeur *en elle-même* : elle est un moyen au service d'une fin, et cette fin est toujours, dans la philosophie libérale et dans les démocraties l'appliquant, la liberté : liberté individuelle, liberté religieuse, liberté de conscience. En ce sens, il n'y a pas de différences fondamentales avec la théorisation de la neutralité ou sa mise en œuvre dans les pays à tradition libérale. La laïcité représente la priorité du Juste : les conceptions du bien – en l'occurrence les religions – sont libres d'être choisies dès lors qu'elles respectent les principes du Juste. Néanmoins, cette vision de la laïcité cohabite, en France, avec une conception plus substantielle de la laïcité, qui prime sur les conceptions du bien, non au sens moral, mais au sens épistémologique, et qui représente alors, en elle-même, une vision substantielle du Bien, un idéal moral qu'il s'agit de mettre en œuvre.

¹¹³⁴ Le rapport indique en effet que « [l]a difficulté de la traduction juridique du principe de laïcité s'explique par la tension entre ces deux pôles nullement incompatibles mais potentiellement contradictoires, la neutralité de l'État laïque et la liberté religieuse » (B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, *op. cit.*, p. 27).

¹¹³⁵ P.-H. PRELOT, « Définir juridiquement la laïcité », *art. cit.*, p. 121.

SECTION 2. LA LAÏCITE, VISION DU BIEN

353. Telle qu'il fut mis en œuvre tout au long du XX^e siècle, le modèle français de laïcité correspondait à la neutralité de l'État et poursuivait un objectif de préservation des libertés de conscience et de culte. Le Conseil d'État a régulièrement rappelé les racines libérales de la laïcité : il déclarait par exemple dans son rapport de 2004 que « le législateur [avait] entendu consacrer une approche libérale [des] rapports [entre les Églises et l'État] »¹¹³⁶. Jusqu'à la fin du XX^e siècle, ce modèle ne fut pas questionné. Le sens de la laïcité et le régime défini par la loi de 1905 ont pris une importance nouvelle dans le débat public à la fin des années 1980 avec la polémique autour du port du voile à l'école devenue la célèbre « affaire du foulard »¹¹³⁷, à la suite de laquelle « l'histoire de la laïcité s'est remise en marche »¹¹³⁸. L'émergence de tensions relatives à la visibilité de l'Islam dans la sphère publique a eu pour conséquence un renouveau de la réflexion et des politiques relatives à la laïcité¹¹³⁹. En particulier, l'affaire du foulard a initié un important débat autour de laïcité, et, de plus, a modifié les lignes politiques des défenseurs de celle-ci dans son acception « républicaine », la laïcité devenant alors une valeur de la droite et de l'extrême droite¹¹⁴⁰. Le débat autour du port du voile et de signes religieux ostentatoires a pris encore une importance accrue avec les attentats islamistes de 2015. C'est à travers la visibilité de l'Islam dans l'espace public que, non seulement la notion de laïcité en elle-même eut un regain d'intérêt, mais également qu'une nouvelle acception de celle-ci

¹¹³⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004*, op. cit., p. 247.

¹¹³⁷ Cette affaire s'est déroulée en 1989 : le 18 septembre, le principe du collège de Creil a refusé l'accès à son établissement à trois élèves portant le foulard islamique. Le 8 octobre, L. Jospin, alors ministre de l'Éducation nationale, tranche le désaccord en déclarant que ces élèves ne pouvaient être refusées en cours, déclarant toutefois que les chefs d'établissement devaient essayer de dissuader les élèves de porter des signes religieux. Néanmoins, cette affaire a eu un grand retentissement médiatique, et s'en est suivi un débat autour de la laïcité à l'école. Deux camps se dessinent par médias interposés : une tribune écrite par cinq philosophes, parue le 2 novembre 1989 dans le *Nouvel Observateur* et adressée à Lionel Jospin, défend l'interdiction du port du voile à l'école sur le fondement du rôle émancipateur de l'école, qui doit être un « espace de liberté » et une « institution [...] dévolue à l'universel » (E. Badinter, E. Debray, A. Finkelkraut, E. de Fontenay, C. Kintzler, « L'affaire du foulard islamique : Profs, ne capitulons pas ! », *Le Nouvel Observateur*, 2 novembre 1989). Quelques jours plus tard, un « appel pour une laïcité ouverte » est paru dans *Politis*, dans lequel des intellectuels défendent une laïcité « ouverte » permettant à chacun de suivre ses convictions (J. Brunerie-Kauffmann, H. Désir, R. Dumont, G. Perrault, A. Touraine, « Appel pour une laïcité ouverte », *Politis*, n°79, du 9 au 15 novembre 1989).

¹¹³⁸ M. GAUCHET, « Laïcité : le retour et la controverse », *Le Débat*, 2020, n° 3, p. 141.

¹¹³⁹ Comme le résume G. Calvès, « [p]our les pouvoirs publics, l'enjeu initial, qui n'a cessé de se renforcer au fil des décennies, était double : intégration des immigrés de religion musulmane, d'une part, lorsqu'il est devenu évident que l'islam n'était plus la religion d'hommes seuls qui avaient vocation à retourner dans leur pays ; protection de l'ordre public, d'autre part, dans un contexte d'émergence de l'islam politique sur la scène internationale » (G. CALVÈS, *La laïcité*, coll. « Repères », n° 785, Paris, La Découverte, 2022, p. 10).

¹¹⁴⁰ Sur ce sujet, voir par exemple l'analyse de M. Wievorka dans les années suivantes : M. WIEVIORKA, « Laïcité et démocratie », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, pp. 61-71.

apparût : une laïcité « nouvelle »¹¹⁴¹, « substantielle »¹¹⁴², parfois qualifiée de « falsifiée »¹¹⁴³, notamment en raison de son « inflexion sécuritaire »¹¹⁴⁴. Ce renouveau relatif au sens de la notion de laïcité est toutefois ancré dans l'histoire de la République – la laïcité « combattante » était par exemple déjà défendue dans les débats autour de l'adoption de la loi de 1905. Ainsi, comme l'exprime V. Valentin, « la visibilité de l'Islam a fait craquer le superficiel vernis libéral de la laïcité et révélé la part profondément gallicane du rapport de l'État aux cultes dans la culture politique française »¹¹⁴⁵. L'apparition de la question de l'Islam et de sa visibilité a donc opéré un renouveau de la « laïcité gallicane », qui visait elle aussi à étendre la neutralité aux individus¹¹⁴⁶ – en remettant donc en question celle de l'État¹¹⁴⁷. Cette vision de la laïcité est considérée par certains auteurs comme une hostilité à peine masquée à l'égard de l'Islam¹¹⁴⁸.

354. La « nouvelle » laïcité correspond à la conception « républicaine » d'une laïcité de combat, qui dépasse l'objectif libéral de garantie de respect et de non-intervention de l'État dans le domaine du religieux, et plus généralement, dans le domaine du Bien. Cette vision de la laïcité assume largement l'idée que la neutralité repose sur une vision substantielle des principes fondant la République¹¹⁴⁹. Parce qu'elle implique parfois « un commandement de respect, voire d'adhésion, à des valeurs », cette conception de la laïcité « acquiert un contenu substantiel et véhicule une conception du bien »¹¹⁵⁰. Si « l'esprit de la laïcité [...s'oppose...] à un athéisme officiel » comme le résume P. Bastid¹¹⁵¹, cet athéisme officiel est néanmoins défendu dans la sphère politique et philosophique, dans la société civile, et est, *dans une certaine mesure*, mis en œuvre juridiquement. En effet, ces dernières années, et de manière de plus en plus virulente, croît l'idée selon laquelle la laïcité devrait s'étendre aux individus

¹¹⁴¹ L'expression de « nouvelle » laïcité fut d'abord utilisée par F. Baroin dans son rapport du 2003 intitulé « Pour une nouvelle laïcité », et elle fut ensuite reprise par différents auteurs, notamment S. Hennette-Vauchez et V. Valentin, pour décrire la conception « républicaine » de la laïcité comme vision du Bien (S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, op. cit.). Elle apparaît toutefois un peu en amont dans un article de P. Ognier : P. OGNIER, « Ancienne ou nouvelle laïcité ? Après dix ans de débats », *Esprit*, septembre 1993, pp. 202-220.

¹¹⁴² P. PORTIER, « Le tournant substantialiste de la laïcité française », *Horizontes Antropológicos*, septembre 2018, n° 52, pp. 21-40.

¹¹⁴³ J. BAUBEROT, *La laïcité falsifiée*, op. cit.

¹¹⁴⁴ P. PORTIER, « L'Inflexion sécuritaire de la laïcité française », *Le virus de la recherche*, mars 2021, pp. 2-9 ; D. SALAS, « Laïcité, le dévoiement sécuritaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2018, vol. 3, n° 3, pp. 389-395.

¹¹⁴⁵ V. VALENTIN, « L'effacement de la laïcité libérale en France. De la séparation du politique et du religieux vers la promotion du « vivre-ensemble » », art. cit.

¹¹⁴⁶ L'interdiction du port de la soutane fut par exemple proposée en 1905 par le député C. Chabert.

¹¹⁴⁷ J. BAUBEROT, *Les sept laïcités françaises*, op. cit., p. 46.

¹¹⁴⁸ Par exemple : J. BAUBEROT, *La laïcité falsifiée*, op. cit. ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, op. cit.

¹¹⁴⁹ H. PENA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, op. cit.

¹¹⁵⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », art. cit., pp. 17-18.

¹¹⁵¹ P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel* [doctorat], Les Cours de droit, 1960-1961, p. 9.

lorsqu'ils sont dans l'espace public, et non plus seulement à l'État et à ses agents. En témoigne l'exemple qui, chaque été, fait grand bruit, du port du *burkini* sur les plages publiques, ou encore les polémiques autour des repas de substitution à l'école publique. Cette acception de la laïcité porte une atteinte majeure à la séparation du public et du privé : il n'y a pas de sphère de liberté de choix des conceptions du bien si la vision « laïque » est imposée dans l'espace public comme idéologie. Dès lors que la laïcité renvoie à une conception officielle du bien, c'est-à-dire à « une doctrine adoptée et enseignée officiellement, l'État qui la consacrerait opérerait *ipso facto* contre l'ordre libéral, pour l'ordre totalitaire »¹¹⁵².

355. La promotion des valeurs républicaines via la laïcité est la spécificité du modèle français. Le rapport Stasi indique que la laïcité traduit « une conception du bien commun »¹¹⁵³. En elle-même, la promotion de valeurs républicaines ne porte pas atteinte au principe de neutralité¹¹⁵⁴, celui-ci étant conçu comme un cadre. Mais la laïcité libérale tend progressivement à s'effacer¹¹⁵⁵, et la vision « républicaine » de la laïcité considère que celle-ci est, en elle-même, une culture¹¹⁵⁶. C'est une certaine *philosophie* de la laïcité qui sous-tend certaines évolutions législatives et jurisprudentielles. Or, si la promotion de valeurs républicaines dépasse l'acceptation commune de principes politiques et acquiert un contenu substantiel, la laïcité ne garantit plus la neutralité de l'État, mais devient, au contraire, une *neutralisation* des identités par l'État et une promotion par celui-ci d'une certaine vision du Bien. Néanmoins, la tradition libérale, à travers le rôle du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, a maintenu l'acceptation originelle du principe de neutralité : celui-ci demeure, *dans une large mesure*, une exigence adressée à l'État.

356. Toute la question est ainsi de déterminer si la vision de la laïcité comme vision du Bien qui est bien présente dans le débat public et qui émerge dans les normes juridiques, influencée notamment par les rapports publics qui contribuent également à la construction d'une vision de la laïcité, correspond à une conception du bien « minimal » au sens rawlsien ou à une conception substantielle¹¹⁵⁷. Dans son acception substantielle, la laïcité est une méta-valeur républicaine. En étant utilisée pour limiter la liberté religieuse – en particulier celle de se vêtir en accord avec la religion – la « nouvelle laïcité » prend ses distances avec le socle

¹¹⁵² J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », art. cit., p. 259.

¹¹⁵³ B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, op. cit., p. 9.

¹¹⁵⁴ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité*, op. cit., p. 43.

¹¹⁵⁵ V. VALENTIN, « L'effacement de la laïcité libérale en France. De la séparation du politique et du religieux vers la promotion du « vivre-ensemble » », art. cit.

¹¹⁵⁶ R. DEBRAY, *Ce que nous voile le voile : la République et le sacré*, Paris, Gallimard, 2004.

¹¹⁵⁷ P. KAHN, « La laïcité est-elle une valeur ? », *Spirale. Revue de recherches en éducation*, 2007, n° 38, p. 34.

libéral, impliquant qu'une liberté ne peut être limitée que pour des raisons relatives à l'ordre public. Il y a une rupture notable entre la laïcité instaurée en 1905 et les différentes évolutions vers une « nouvelle » laïcité¹¹⁵⁸, qui relativise l'élément de neutralité pourtant inhérent à la laïcité « historique », et qui tend à « confirmer juridiquement une conception politique de la laïcité »¹¹⁵⁹. Les ouvrages relatifs à cette mutation de la laïcité ne manquent pas¹¹⁶⁰, et suivent les différentes polémiques et interprétations juridiques de la laïcité. Pour les défenseurs de la nouvelle laïcité, il s'agit d'enrichir substantiellement la laïcité qui ne peut se résumer uniquement au cadre du Juste. Il faut néanmoins distinguer entre les faits historiques attestant effectivement que la laïcité a été, à l'origine, pensée pour « combattre » l'Église catholique, qui témoigne en effet d'une conception particulière de la neutralité en France, ainsi que les différents points sur lesquels la France va plus loin que d'autres pays – par exemple avec la loi de 2004 relative à l'interdiction de signes religieux ostentatoires à l'école ou encore avec la loi de 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public – et les tentatives parfois fantasmées observées dans la société civile et dans le débat public¹¹⁶¹, qui masquent le socle malgré tout libéral sur lequel repose la laïcité en France.

357. L'apparition d'une nouvelle laïcité a deux liens très différents avec la neutralité : d'abord, elle la contredit, mais elle souhaite, paradoxalement, l'étendre. Ainsi que le résume J. Baubérot, la « laïcité identitaire tend à limiter, voir à transgresser, la *neutralité* de l'État tout en prônant une forte extension de l'obligation de la *neutralité* aux individus »¹¹⁶². La nouvelle laïcité questionne donc principe de neutralité de l'État, en tant que celui-ci a pour vocation de protéger un espace de liberté, et a ainsi uniquement vocation à s'imposer à l'État. Les récentes évolutions, notamment législatives, invitent alors à s'interroger sur leur rapport à la neutralité, en particulier sur la question de savoir si ces évolutions visent à préserver le Juste ou à incarner le Bien.

358. Dans les évolutions relatives à la laïcité depuis le début du XXI^e siècle, différentes atteintes portées au cadre du Juste (§1) laissent supposer l'apparition d'une laïcité substantielle (§2).

¹¹⁵⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, op. cit.

¹¹⁵⁹ D. KOUSSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, février 2010, vol. 41, n° 2, p. 337.

¹¹⁶⁰ Par exemple : J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, op. cit. ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, op. cit. ; D. KOUSSSENS, *L'épreuve de la neutralité*, op. cit. ; G. CALVES, *La laïcité*, op. cit.

¹¹⁶¹ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, op. cit.

¹¹⁶² J. BAUBÉROT, *Les sept laïcités françaises*, op. cit., p. 118.

§1. Les atteintes portées au cadre du Juste

359. Si l'acceptation d'une laïcité « combattante » n'a pas été retenue ou inscrite dans le texte de 1905, en raison de ses incompatibilités avec le principe de neutralité de l'État¹¹⁶³, elle est néanmoins présente dans les récentes évolutions de la laïcité (I). Ces évolutions ont pour conséquence une extension de l'exigence de neutralité, qui fragilise le cadre du Juste (II).

I. La laïcité « combattante »

360. La vision d'une laïcité « combattante » peut être identifiée par la méfiance à l'encontre des religions dans le modèle français (A), et notamment par l'absence de neutralité des intentions dans la majorité des évolutions relatives à la laïcité (B).

A) La méfiance à l'encontre des religions

361. En France, la laïcité est née d'un combat contre l'Église catholique : la loi de 1905 est l'aboutissement de la laïcité militante d'une partie des républicains au début de la III^e République. Mais la méfiance à l'encontre du catholicisme remonte aux origines de la laïcité chez les Jacobins qui voient la religion comme un frein à l'accès à la raison, au progrès et à la science. Cette méfiance est donc profondément ancrée dans le modèle français malgré la mise en œuvre libérale de la laïcité. Or, elle traduit une laïcité « combattante » incompatible avec le principe de neutralité de l'État ; en effet, dès lors que les religions sont considérées comme « un obstacle permanent au progrès et à la civilisation »¹¹⁶⁴, ainsi que le formulait M. Allard pendant les débats de 1905, il n'y pas de neutralité-impartialité de la part de l'État. Dès la III^e République, la laïcité est envisagée par certains de ses défenseurs comme un moyen d'assurer « l'unité spirituelle nécessaire à la République »¹¹⁶⁵.

362. Le renouveau de la laïcité combattante a débuté avec l'affaire du foulard, au cours de laquelle fut défendue une vision substantielle et militante de la laïcité. La tribune du 9

¹¹⁶³ Ses défenseurs évoquent, toutefois, l'idée d'une *neutralité* confessionnelle totale de l'État : M. Allard évoquait en 1905 sa volonté « d'achever dans certaines limites cette laïcisation de l'État » que représentait « la neutralité confessionnelle de l'État ». Il parle notamment de « laïcisation complète » dans sa proposition d'un amendement pour supprimer les jours fériés religieux (D. de VILLEPIN *et al.* (éds.), *1905, la séparation des églises et de l'État : les textes fondateurs*, coll. « Tempus », n° 85, Paris, Perrin, 2008, pp. 307-309).

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 288.

¹¹⁶⁵ C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, *op. cit.*, p. 448.

novembre 1989 signée par É. Badinter, R. Debray, A. Finkielkraut, É. de Fontenay et C. Kintzler évoque très explicitement la dimension « combattante » de cette vision de la laïcité :

« Neutralité n'est ni passivité, ni liberté simple tolérance. La laïcité a toujours été un rapport de force. [...] La laïcité est et demeure par principe une bataille, comme le sont l'école publique, la République et la liberté elle-même. »¹¹⁶⁶

Dans cette vision, la bataille est celle menée contre les religions prosélytes. La résurgence de la laïcité de combat, à partir de l'affaire du foulard, s'est manifestée à plusieurs reprises, notamment à travers les lois visant à réduire les manifestations *ostentatoires* du religieux, ou par l'action du gouvernement dans le cadre de la lutte contre le séparatisme islamiste et la lutte contre le terrorisme, par exemple avec la résurgence des fermetures punitives de lieux de culte¹¹⁶⁷. Elle apparaît également au détour d'une décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004¹¹⁶⁸, dans laquelle celui-ci affirme que les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution « interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers », et « s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance », donnant ainsi sa propre vision de la laïcité, qui prend de la distance avec la définition originelle de neutralité comme principe permettant la liberté¹¹⁶⁹. Néanmoins, le Conseil constitutionnel conserve sa conception libérale dans ses décisions postérieures¹¹⁷⁰. La vision d'une laïcité opposée à la visibilité du religieux apparaît par ailleurs dans certains textes de l'administration, à l'instar de la circulaire « Chatel » du 27 mars 2012 qui autorise les directeurs d'école à « empêcher que les parents d'élèves [...] manifestent, par leur tenue ou leurs propos, leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques lorsqu'ils accompagnent les élèves lors des sorties et voyages scolaires ».

363. La « laïcité combattante » apparaît également dans l'œuvre du législateur ; en particulier, la loi de 2004 encadrant le port de signes religieux à l'école¹¹⁷¹ ainsi que la loi de 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public¹¹⁷² traduisent

¹¹⁶⁶ E. Badinter, R. Debray, A. Finkielkraut, E. de Fontenay et C. Kintzler, « L'affaire du foulard islamique : Profs, ne capitulons pas ! », *Le Nouvel Observateur*, 2 novembre 1989.

¹¹⁶⁷ J. JEANNENEY, « La résurgence des fermetures punitives de lieux de culte », *RFDA*, 2021, p. 519.

¹¹⁶⁸ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹¹⁶⁹ P.-H. PRELOT, « Définir juridiquement la laïcité », art. cit., p. 129.

¹¹⁷⁰ Voir *supra*, §349 et s.

¹¹⁷¹ LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

¹¹⁷² LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

l'idée d'une incompatibilité entre certaines pratiques religieuses et les valeurs de la République. La mission d'information présidée par J.-L. Debré sur le port de signes religieux à l'école indiquait par exemple la volonté politique de « réaffirmer le principe de laïcité comme projet [...] d'intégration des individus dans une communauté une et indivisible, à l'inverse d'une conception de la société dans laquelle se développeraient, côté à côté, des communautés distinctes », en partant du postulat que « le port des signes d'appartenance religieuse ou politique [...] constitue un facteur de division »¹¹⁷³. Avec la loi de 2004, il ne s'agit plus pour l'État d'adopter une position de neutralité afin de ne pas favoriser ou de défavoriser une conception du bien des individus, mais de bannir l'une de ces conceptions hors du périmètre de l'école. L'école, parce qu'elle a pour mission d'enseigner « les valeurs universelles et l'esprit critique »¹¹⁷⁴, doit bannir les signes religieux ostensibles. En particulier, l'idée de la loi est de protéger « de jeunes élèves en construction, le plus souvent mineurs, de [...] toutes formes de pressions, afin que l'accès au savoir devienne pour eux, le moyen privilégié de développement de leur identité et de leur autonomie »¹¹⁷⁵. Si l'objectif poursuivi de protection des mineurs est bien-sûr légitime, il traduit néanmoins à la fois une méfiance à l'encontre des religions soupçonnées de faire entrave à l'acquisition des valeurs universelles et de l'esprit critique, ainsi que l'idée d'un « État porteur d'un magistère philosophique émancipateur d'individus prisonniers d'appartenances religieuses jugées non compatibles avec les valeurs démocratiques »¹¹⁷⁶. Cette loi renoue ainsi avec la méfiance républicaine à l'encontre des religions, considérées comme incompatibles avec les valeurs républicaines.

364. Cette vision est également présente dans la loi de 2010 relative à la dissimulation du visage dans l'espace public, dont le rapport Garraud indique explicitement qu'il s'agit de libérer les pratiquants d'une religion, en l'occurrence les femmes musulmanes, qui ont été victimes de « contrainte familiale », de « pression de leur environnement » et d'« endoctrinement » : face à cette situation, la loi de 2010 est un « vecteur de libération » et un « moyen d'émancipation »¹¹⁷⁷. Il y a là une conception très explicite du Bien : *la religion est un frein à la liberté*. Or, la neutralité vise à garantir un espace de liberté ; dès lors qu'elle vise à libérer les femmes de la religion, elle n'est plus axiologiquement neutre. Comme le dit S.

¹¹⁷³ J.-L. DEBRE, *Rapport fait au nom de la mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école. Tome I*, 4 décembre 2003, disponible sur <https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1275-t1.asp>.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité*, op. cit., p. 174.

¹¹⁷⁷ J.-P. GARRAUD, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2520) interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, 23 juin 2010, disponible sur <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2648.asp>.

Hennette-Vauchez, « quand l'ordre politique et juridique s'autorise à disqualifier la volonté individuelle au motif que son contenu est répréhensible (sans aucun effet identifiable sur autrui), alors c'est l'anéantissement de toute liberté qui se profile »¹¹⁷⁸. Pour J. Baubérot, la nouvelle laïcité est assimilée à la sécularisation, quand ces deux notions sont pourtant distinctes : la laïcité « permet le choix » et donne « la possibilité d'avoir des rapports très divers avec la sécularisation, rapports qui sont les conséquences du choix »¹¹⁷⁹. Or, la nouvelle laïcité *impose* la sécularisation. Par ailleurs, nombreux sont les auteurs à dénoncer le manque de neutralité de l'État dès lors que l'objectif de celui-ci est plus d'invisibiliser l'Islam que les signes religieux en général¹¹⁸⁰.

365. Néanmoins, lorsque l'objectif est la préservation du cadre du Juste, et donc de la République, la méfiance à l'encontre des religions ne porte pas atteinte à la neutralité¹¹⁸¹. Si ces différentes lois ont, à chaque fois, en raison de la persistance du cadre libéral¹¹⁸², été freinées dans l'extension du principe de neutralité, notamment quant aux espaces dans lesquels s'étend l'obligation de neutralité religieuse¹¹⁸³, elles mettent en lumière l'ambiguïté de celui-ci. D'un côté, il y a la volonté légitime de préserver l'État et les individus d'atteintes aux libertés, de l'autre, il y a une logique parfaitement inverse à la neutralité libérale : la neutralité républicaine protège les individus *du* religieux *par* l'action de l'État, tandis que la neutralité libérale protège la liberté religieuse *des* individus *de* l'action de l'État. Dans l'acception républicaine de la neutralité, l'État n'est plus neutre au sens d'*indifférent*. Cela est particulièrement visible dans les atteintes portées à la neutralité des *intentions*.

B) Les atteintes portées à la neutralité des intentions

366. Si l'État libéral, pour respecter le principe de neutralité, doit rester neutre dans ses *justifications*, l'absence de neutralité des *intentions* traduit toutefois une atteinte – modérée – au principe de neutralité, et traduit l'esprit de la laïcité combattante. Différentes évolutions

¹¹⁷⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « La burqa, la femme et l'État », *Raison-publique*, mai 2010, disponible sur <https://www.raison-publique.fr/article317.html>.

¹¹⁷⁹ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, *op. cit.*, p. 130.

¹¹⁸⁰ Par exemple : O. BUI-XUAN, « Sphère publique, espace public et diversité religieuse », in *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, coll. « Colloques & Essais », Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, pp. 259-274.

¹¹⁸¹ Cette question est également celle que pose la législation sur les sectes (sur ce point, voir par exemple : P. ROLLAND, « La laïcité de l'État à l'épreuve du "retour du religieux" », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 645-653).

¹¹⁸² Voir *infra*, §395 et s.

¹¹⁸³ Ces lois ont toutefois étendu les frontières de la laïcité : S. HENNETTE VAUCHEZ, « Les nouvelles frontières de la laïcité : la conquête de l'Ouest ? », *Revue du droit des religions*, octobre 2017, n° 4, pp. 19-32.

récentes de la laïcité montrent nettement une absence de neutralité des intentions. En particulier, la loi de 2010 témoigne très explicitement de la distinction entre neutralité des intentions et neutralité des justifications. Les intentions étaient extrêmement claires, formulées d’abord par le Président Sarkozy, qui déclarait devant le Congrès de Versailles le 22 juin 2009 que « la *burqa* n’[était] pas la bienvenue sur le territoire de la République française ». L’Assemblée nationale, dans le rapport de sa mission d’information n°2262 remis le 26 janvier 2010 au Président de l’assemblée et sa résolution du 11 mars 2010 sur l’attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte, considérait que le port du voile intégral était « contraire aux valeurs de la République ». Les débats précédant l’adoption de la loi, particulièrement virulents, montrent que le fondement de la laïcité était évoqué et défendu, mais que les juristes s’y sont opposé, précisément parce que la laïcité ne permet pas de restreindre la liberté des individus, parce qu’elle est avant tout une exigence adressée à l’État¹¹⁸⁴. Le rapport montre que la mission voulait interdire la *burqa* sur le fondement d’une laïcité substantielle, qui n’existe pas juridiquement, en évoquant une « atteinte à la laïcité au sens philosophique du terme plus qu’au sens juridique », et l’idée que « l’esprit du principe de laïcité [serait] manifestement malmené »¹¹⁸⁵. Par ailleurs, comme le relève V. Valentin, cette loi apporte une limite à la liberté religieuse par une « exigence “immatérielle”, c’est-à-dire morale, civilisationnelle ou culturelle »¹¹⁸⁶. La neutralité se mue alors en vision du Bien puisqu’il s’agit, par cette loi de 2010 – comme dans celle de 2004 – d’interdire des valeurs ne correspondant pas à celles de la République. Il s’agissait alors de mettre fin aux pratiques radicales d’une religion jugées incompatibles avec les valeurs républicaines. L’*intention* était alors explicitement de *donner un contenu substantiel à la laïcité*. En effet, l’argument culturel apparaît à plusieurs reprises dans le rapport de la mission d’information présidée par A. Gerin, qui évoque par exemple « l’archaïsme culturel » du port du voile intégral. Cette atteinte au principe de neutralité est néanmoins restée limitée car la neutralité des justifications fut finalement respectée dans la loi de 2010, devenue la loi sur l’interdiction de la « dissimulation du visage », et non sur « l’interdiction du port du voile intégral », et justifiée par l’ordre public – seule limite possible aux libertés dans un régime

¹¹⁸⁴ A. GERIN et É. RAOULT, *Rapport d’information au nom de la mission d’information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national*, 26 janvier 2010, disponible sur https://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2262.asp#P1554_401888 ; CONSEIL D’ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile intégral. Rapport adopté par l’assemblée générale plénière du Conseil d’État le jeudi 25 mars 2010*, 25 mars 2010, p. 46.

¹¹⁸⁵ A. GERIN et É. RAOULT, *Rapport d’information au nom de la mission d’information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national*, *op. cit.*, pp. 93-94.

¹¹⁸⁶ V. VALENTIN, « Remarques sur les mutations de la laïcité. Mythes et dérives de la « séparation ». », art. cit.

libéral¹¹⁸⁷. L'argument culturel, précisément parce qu'il porte atteinte au principe de neutralité, a été retravaillé pour respecter la neutralité des justifications¹¹⁸⁸. La justification finalement donnée par le législateur, bien qu'elle ait évolué au cours des débats, est supposée neutre : la loi est en effet justifiée par le « vivre-ensemble », envisagé comme composante de l'ordre public. Mais l'utilisation de cette notion a été très critiquée par les juristes au cours des travaux préparatoires, et soulève de nombreuses questions relatives à son utilisation¹¹⁸⁹.

367. Néanmoins, l'absence ou le manque de neutralité des intentions ne traduit pas nécessairement une atteinte au principe de neutralité – quand bien même celui-ci serait envisagé comme s'appliquant aux intentions¹¹⁹⁰ – dès lors qu'il s'agit de *préserver le cadre du Juste*. Or, c'est précisément toute l'ambiguïté des lois de 2004, 2010 ou encore de 2021. La loi de 2010 pose par exemple l'incompatibilité de la *burqa* avec le cadre du Juste. La neutralité relève de la distinction entre le Juste et le Bien : les conceptions du bien coexistant dans le cadre du Juste sont, dans les sociétés libérales, variées et plurielles, mais, dans la mesure où elles doivent respecter les valeurs libérales, elles sont toutes, d'une certaine manière, *sécularisées*. C'est précisément là où la France, mais également d'autres pays, se sont trouvés dans un sentiment de « menace » provenant du fait qu'ils se trouvaient face à une « religiosité inconnue, orientale, une religiosité de l'étranger » qui n'était pas « “accommodée” à la modernité »¹¹⁹¹. La *burqa*, bien plus que les autres signes religieux, posait alors la question de l'État neutre face aux croyances éloignées de la modernité et des sociétés libérales¹¹⁹². Il est ainsi possible de considérer la *burqa* comme incompatible avec les valeurs libérales, c'est-à-dire avec le cadre

¹¹⁸⁷ Article 10, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, *pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*. » (nous soulignons) ; Article 29, Déclaration universelle des droits de l'Homme « [...] 2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique [...] ».

¹¹⁸⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, *op. cit.*

¹¹⁸⁹ Voir *infra*, § 384.

¹¹⁹⁰ Or, les théoriciens de la neutralité s'accordent pour défendre la neutralité des justifications.

¹¹⁹¹ D. KOUSSENS et O. ROY (éds.), *Quand la burqa passe à l'Ouest : enjeux éthiques, politiques et juridiques*, coll. « Sciences des religions », Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, p. 8.

¹¹⁹² Conseil d'État, 27 juin 2008, Mme Machbour, n°286798 : Dans cet arrêt, le Conseil d'État avait validé le fondement d'une pratique radicale de la religion pour refuser la nationalité française. Cet arrêt a marqué un tournant dans la jurisprudence du Conseil d'État concernant l'acquisition de la nationalité, qui ne retenait pas le critère de la pratique religieuse pour valider le refus. De plus, dans cet arrêt, le Conseil d'État émet explicitement un jugement de valeur sur le mode de vie de Mme Machbour ; sur ce point, voir par exemple : F. DIEU, « La pratique religieuse peut-elle être un obstacle à l'acquisition de la nationalité française ? », *Annuaire Droit et religions*, 2010 2009, vol. 4, p. 345 ; Voir aussi D. KOUSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », art. cit., p. 337 : Pour D. Koussens, « dans l'esprit du Conseil d'État, c'est [...] bien le port du *niqab* qui, *en lui-même*, implique un degré de radicalité tel qu'il constitue une présomption irréfragable de non-assimilation de la femme qui le porte ». Ainsi, l'acquisition de la nationalité montre l'évolution de la laïcité, ou plutôt de l'application de la nouvelle laïcité. Voir aussi : P. CHRESTIA, « La burqa est incompatible avec la nationalité française », *AJDA*, 2008, p. 2013.

du Juste, ce qui aurait pour conséquence que l'interdiction ne porte pas atteinte au principe de neutralité. Cette loi visant l'islamisme *radical*, il est possible de la justifier de manière neutre en tant qu'elle vise simplement à préserver le cadre du Juste. G. Haarscher, par exemple, défend l'interdiction du voile à l'école et de la *burqa*, sur le fondement des risques du fondamentaliste¹¹⁹³. Il ne faut pas confondre, selon lui, les partisans de l'interdiction du voile à l'école aux positions de l'extrême droite, ni ses défenseurs aux intégristes, et défend une position intermédiaire en ce qu'il est en faveur de l'interdiction, sur le fondement du *harm principle*. Il faut selon lui une certaine dose de « républicanisme » dans la liberté religieuse, et que l'ultralibéralisme risque de ne pas protéger contre les intégrismes et le fondamentalisme. En ce sens, la laïcité « combattante » vise préserver le cadre du Juste.

368. L'idée de préserver le cadre libéral ressort également de la loi de 2021 confortant le respect des principes de la République¹¹⁹⁴. Dans son discours de Mureaux, annonçant les objectifs de la loi, le Président Macron évoquait de manière très claire la distinction entre la neutralité de l'État et la nécessité de préserver le cadre du Juste :

« La laïcité, c'est la neutralité de l'État et en aucun cas l'effacement des religions dans la société dans l'espace public. [...] Et je l'ai souvent dit, je ne demande à aucun de nos citoyens de croire ou de ne pas croire, de croire un peu ou modérément, ça ce n'est pas l'affaire de la République, mais je demande à tout citoyen, quelle que soit sa religion ou pas, de respecter absolument toutes les lois de la République. *Et il y a dans cet islamisme radical [...] une volonté revendiquée, affichée, une organisation méthodique pour contrevenir aux lois de la République et créer un ordre parallèle, ériger d'autres valeurs, développer une autre organisation de la société, séparatiste dans un premier temps, mais dont le but final est de prendre le contrôle, complet celui-ci.* »¹¹⁹⁵

La loi de 2021 accroît les pouvoirs de la police des cultes – son titre II relatif au libre exercice du culte apportant des modifications substantielles au régime préexistant – et s'inscrit alors dans une laïcité de combat en modifiant le droit afin de contrôler l'organisation et le financement de l'Islam. Toutefois, il s'agit, dans l'intention présentée, d'assurer la sécurité des citoyens en contrôlant l'intolérance afin de préserver la tolérance.

369. La difficulté de caractériser l'atteinte à la neutralité des intentions, ainsi que le montrent les lois de 2010 et de 2021, est ainsi celle de la distinction entre le Juste et le Bien, et

¹¹⁹³ G. HAARSCHER, « La neutralité de l'espace public, une notion confuse », *La revue nouvelle*, septembre 2010, disponible sur http://www.revuenouvelle.be/IMG/pdf/033-042_dossier_haarscherlok.pdf.

¹¹⁹⁴ LOI n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

¹¹⁹⁵ Nous soulignons.

l'indétermination de leurs frontières respectives. La question du voile et les différentes réponses qui y ont été apportées depuis 1989 ne remettent pas nécessairement en cause le socle libéral : tout dépend, en réalité, des *intentions* de l'État. Dans le cas de la *burqa*, ou même du port du *burkini* dans le contexte particulier des attentats de 2015 et 2016, la lutte contre l'islamisme radical – même si celle-ci entraîne une restriction à la liberté religieuse – est une intention en accord avec le socle libéral de la neutralité : l'État neutre est en mesure d'agir pour sauvegarder le cadre du Juste. Néanmoins, dès lors qu'il s'agit d'ostraciser une culture ou une religion en particulier, il y a atteinte au principe de neutralité de l'État.

370. Les atteintes portées au principe de neutralité par la méfiance envers les religions et par l'absence de neutralité des intentions posent de grandes difficultés, car la qualification de telles atteintes se heurte à la difficile distinction entre le Juste et le Bien. S'il est possible d'identifier une laïcité combattante incompatible avec la neutralité, à travers différentes formules ou justifications des évolutions législatives qui traduisent une certaine vision du Bien, la plupart de ces « entorses » sont justifiées par la nécessité de protéger le cadre du Juste. Les définitions et la distinction entre le Juste et le Bien étant en perpétuelle évolution, l'identification d'atteintes au cadre du Juste ne peut jamais faire l'unanimité. Il y a ainsi une réelle ambiguïté dans la question de savoir si les différentes évolutions législatives reflètent une laïcité substantielle, ou une laïcité comme lutte contre le séparatisme. Cette ambiguïté ne suffit toutefois pas à considérer que la laïcité est demeurée juridiquement celle instaurée en 1905 : l'extension de l'exigence de neutralité est preuve de sa mutation – bien que là encore, les évolutions sont restées maîtrisées, créant l'ambiguïté sur le caractère avéré de l'existence juridique d'une « nouvelle » laïcité.

II. L'extension de l'exigence de neutralité

371. Le cadre du Juste fut modifié et repoussé par l'extension de l'exigence de neutralité, à la fois par l'acception extensive de la sphère publique (**A**), ainsi que par l'apparition d'une exigence de neutralité des personnes privées (**B**).

A) L'extension de la sphère publique

372. L'exigence de neutralité s'applique à la sphère publique, c'est-à-dire à l'État, ses institutions et ses agents¹¹⁹⁶. La première entrave au principe de neutralité envisagé *stricto sensu* fut celle de l'école avec la loi de 2004, car cette loi étend l'exigence de neutralité aux élèves, et non plus aux seuls agents de l'État¹¹⁹⁷, c'est-à-dire qu'elle étend la sphère publique aux usagers du service public. Pour la plupart des auteurs, c'est cette loi de 2004 qui marque la rupture entre la vision libérale de la neutralité¹¹⁹⁸ et la vision républicaine en France, car la loi impose un devoir de neutralité aux élèves, c'est-à-dire aux *usagers du service public*. La loi va à l'encontre de l'avis du Conseil d'État de 1989 quant au port du voile, qui rappelaient la distinction entre agents publics et usagers du service public¹¹⁹⁹. Bien qu'elle soit justifiée par la mission particulière de l'école, cette extension porte une première atteinte à la distinction entre la sphère publique et la sphère privée. Cette atteinte demeure toutefois limitée car la « neutralité » exigée des élèves est partielle, ceux-ci pouvant porter des signes religieux *non ostentatoires*. L'exigence de neutralité a également été étendue au-delà des agents publics aux personnes en charge du service public d'abord par la jurisprudence¹²⁰⁰, puis par la loi de 2021 – qui a conforté les solutions jurisprudentielles.

373. Par ailleurs, la sphère publique a été étendue, par la loi de 2010 – de manière toutefois limitée – à *l'espace public*. La sphère publique, à laquelle s'applique le principe de neutralité, n'englobait pas – dans la loi de 1905 – l'espace public¹²⁰¹, excepté les monuments et bâtiments publics. L'espace public est avant tout, dans une société libérale, celui de la société civile, et dans une moindre mesure, celui de l'État. Il est un espace de liberté : l'intervention de

¹¹⁹⁶ Voir *supra*, § 341 et s.

¹¹⁹⁷ La *Charte de la laïcité* de 2007 complète la loi de 2004. Sur l'utilisation du « droit mou » dans l'élaboration des règles relatives à la laïcité et l'explicitation de son esprit, voir : G. CALVES, *La laïcité, op. cit.*, Chap. 1. La laïcité de la République, un kaléidoscope.

¹¹⁹⁸ Pour D. Koussens par exemple, la loi de 2004 renvoie une vision de la laïcité emprunte du « principe du magistère émancipateur de l'État » (D. KOUSSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », art. cit., p. 337).

¹¹⁹⁹ Conseil d'État, Ass., Avis, 27 novembre 1989, n°346893.

¹²⁰⁰ Cass. civ., ch. soc., 19 mars 2013, 12-11-690, publié au Bulletin : « Attendu que la cour d'appel a retenu exactement que les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires » ; Conseil d'État, Ass., Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013, 19 décembre 2013, p. 16 : « Le fait que le service public soit confiée à une personne privée ne change pas la nature des obligations inhérentes à l'exécution du service public ».

¹²⁰¹ Conseil d'État, 19 février 1909, Abbé Olivier, n°27355 : Le Conseil d'État reconnaît le droit à la visibilité et à l'usage commun de l'espace public pour les cultes.

l'État n'est justifiée qu'en cas de trouble à l'ordre public. Par ailleurs, l'espace public ne correspond pas uniquement aux lieux appartenant à la personne publique, mais englobe également certains lieux privés, comme les cafés ou les transports : il concerne donc les lieux ouverts au public¹²⁰². Il faut ainsi distinguer entre la sphère publique, qui est celle de l'État, de ses institutions et de ses agents, et l'espace public, qui « désigne un espace au sein duquel le “public” agit et circule librement (rues, parcs, centres commerciaux, etc.) »¹²⁰³. Le Conseil d'État a toujours appliqué le respect de la liberté religieuse – en-dehors des cas d'atteinte à l'ordre public – dans l'espace public depuis 1905, notamment dans les premières années après l'adoption de la loi, pendant lesquelles il a précisé les règles au cours de différents contentieux relatifs par exemple aux processions et sonneries de cloche¹²⁰⁴. L'espace public, sauf atteinte à l'ordre public, était exclu de la sphère d'application du principe de neutralité.

374. Dans la conception républicaine de la laïcité, l'espace public ne doit représenter ni une religion particulière, ni l'ensemble des religions : il doit être neutre au sens de « non-confessionnel »¹²⁰⁵. Pour les défenseurs de la « nouvelle » laïcité, la neutralité du citoyen dans l'espace public est nécessaire et indispensable à la vie publique et à l'intérêt général, à l'instar de la religion civile chez J.-J. Rousseau. L'extension de l'acception de la sphère publique à l'espace public implique donc une neutralité des individus. Cette interprétation de la neutralité est particulièrement éloignée de son esprit – la neutralité visant avant tout l'État¹²⁰⁶. La religion, comme d'autres conceptions du bien, est un choix individuel, et à ce titre, il est *privé* et ne relève pas de la sphère d'intervention de l'État. Si la religion n'est pas une affaire d'État, et est donc exclue de la sphère publique, cela ne signifie pas qu'elle doive être cantonnée à la sphère domestique.

375. L'extension de la sphère publique à l'espace public comme objet de la neutralité de l'État est identifiable uniquement dans la loi de 2010. La loi juridicise la notion d'espace public,

¹²⁰² J.-P. GARRAUD, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2520) interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, op. cit.

¹²⁰³ G. HAARSCHER, « La neutralité de l'espace public, une notion confuse », art. cit., p. 35.

¹²⁰⁴ R. SCHWARTZ, « La jurisprudence de la loi de 1905 », art. cit., pp. 90-91.

¹²⁰⁵ C'est la vision défendue par exemple par H. Pena-Ruiz, selon qui le fait pour l'État d'ouvrir l'espace public aux différentes confessions, même de manière égalitaire, rompt avec le principe de neutralité confessionnelle de l'État (H. PENA-RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, op. cit.).

¹²⁰⁶ Sur la distance entre la loi de 2010 et celle de 1905 sur la question des signes religieux dans l'espace public, voir par exemple : P.-H. PRELOT, « Les signes religieux et la loi de 1905. Essai d'interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public à la lumière du droit français des activités religieuses », *Société, droit et religion*, 2012, n° 1, pp. 25-46.

jusqu'alors utilisée plutôt en philosophie politique¹²⁰⁷, et retient une acception matérielle de l'espace public en se référant aux « voies publiques » ainsi qu'aux « lieux ouverts au public ou affectés à une service public »¹²⁰⁸. La loi de 2010 marque ainsi un tournant dans l'appréciation des limites de la neutralité de l'État en tant qu'elle élargit de manière considérable l'acception de la sphère « publique », ainsi que le formule O. Bui-Xuan :

« Dans la définition juridique de l'« espace public » qu'elle comprend, l'adjectif « public » renvoie ainsi à un sens fonctionnel, non à un sens organique : l'espace est considéré comme public non pas parce qu'il appartient à une personne publique, mais parce qu'il est accessible à tous, que son propriétaire soit une personne publique ou une personne privée. En cela, il se démarque du domaine public. Ce glissement sémantique a permis une extension de l'obligation de neutralité religieuse à des lieux privés. »¹²⁰⁹

La loi porte ainsi atteinte à la conception traditionnelle de la distinction entre la sphère publique et la sphère privée, en restreignant la liberté religieuse dans la sphère privée¹²¹⁰. Toutefois, cette extension ne concerne que le port de la *burqa* et non d'autres signes religieux.

376. Outre ces extensions juridiquement effectives de la sphère publique, de nombreuses propositions ont été faites en ce sens. Dans le cadre de l'adoption de la loi confortant les principes de la république par exemple, un amendement des députés A. Bergé et J.-B. Moreau visait notamment à interdire le port de tout signe religieux ostensible par les mineurs dans *l'espace public*. Cet amendement a été jugé irrecevable, mais témoigne d'une volonté de certains politiques d'étendre la sphère d'application du principe de neutralité. La proposition de loi présentée par É. Ciotti visant à étendre le principe de laïcité aux établissements publics d'enseignement supérieur¹²¹¹, ou celle visant à inclure les sorties scolaires dans la loi du 15 mars 2004¹²¹², s'inscrivent également dans cette tendance.

¹²⁰⁷ O. BUI-XUAN, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, 2011, p. 551.

¹²⁰⁸ Article 2, LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *op. cit.*

¹²⁰⁹ O. BUI-XUAN, « Sphère publique, espace public et diversité religieuse », art. cit., p. 265. Voir aussi : O. BUI-XUAN, « Espace public et libertés religieuses », in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, coll. « Colloques & Essais », Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012, pp. 123-133.

¹²¹⁰ R. SCHWARTZ, « Voile intégral, liberté individuelle et liberté religieuse », *Regards sur l'actualité* « La laïcité à l'épreuve du voile intégral », octobre 2010, n° 364.

¹²¹¹ Proposition de loi n°2595 visant à étendre le principe de laïcité aux établissements publics d'enseignement supérieur.

¹²¹² Proposition de loi n°2316 visant à inclure les sorties scolaires dans la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

B) L'exigence de neutralité des personnes privées

377. L'idée selon laquelle l'exigence de neutralité devrait être étendue aux individus est au cœur de la conception substantielle de la laïcité. L'extension de l'exigence de neutralité aux personnes privées porte atteinte au principe de neutralité, car il ne s'agit pas d'une extension de la sphère publique, mais d'un objet distinct de l'exigence de neutralité qui modifie en profondeur ce dernier. Il ne s'agit plus, en somme, de laïcité. En raison de cette incompatibilité frontale entre le principe de neutralité de l'État et l'exigence de neutralité des personnes privées, cette dernière n'est pas consacrée malgré différentes tentatives¹²¹³.

378. La célèbre affaire Baby-Loup¹²¹⁴, achevée en 2014, a montré le décalage entre l'esprit de 1905 et l'idée d'une neutralité totale qui ne serait plus rattachée à l'État mais aux personnes privées. Il ne s'agit pas ici de revenir sur les faits de cette affaire et les raisonnements des différentes autorités administratives et judiciaires saisies, largement commentées¹²¹⁵, mais d'en tirer les conséquences pour l'appréhension française du principe de neutralité et l'évolution de cette acception. Il convient toutefois de rappeler que l'affaire a été définitivement close par l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 juin 2014, dans lequel la Cour déclare licite le

¹²¹³ Plusieurs propositions de lois ont été faites en ce sens. Par exemple, les propositions n°864 de P. Houillon, n°865 d'É. Ciotti et n°1027 de J. Myard portaient sur l'imposition d'une neutralité religieuse dans toutes les entreprises privées.

¹²¹⁴ Les faits de cette affaire sont désormais bien connus : Mme Afif, qui travaillait pour la crèche privée Baby-loup, avait été licencié pour faute grave en raison de sa volonté de porter le voile islamique. Mme Afif saisit d'abord la HALDE, qui avait alors estimée qu'il y avait discrimination religieuse. Le 14 décembre 2000, le Conseil des Prud'hommes de Mantes la Jolie a confirmé le licenciement en raison de la mission de service public effectuée par la crèche, subventionnée à hauteur de 80% par des fonds publics. Le 27 octobre 2011, la Cour d'appel de Versailles a également confirmé le licenciement de Mme Afif, en se fondant toutefois sur le règlement intérieur de la crèche, qui faisait mention du principe de laïcité au sein de celle-ci. Le 19 mars 2013, la Cour de cassation rejette le licenciement en raison d'abord, du fait que la crèche était une structure privée ne gérant pas de service public, et ensuite en raison du caractère général et imprécis du règlement intérieur de la crèche. Le 27 novembre 2013, la Cour d'appel de Paris confirme la légalité du licenciement en qualifiant la crèche d'entreprise de conviction dont le règlement intérieur pouvait imposer la neutralité aux salariés. Pour finir, le 25 juin 2014, la Cour de cassation a confirmé le licenciement sur le fondement du règlement intérieur. Pour les détails relatifs aux faits et à la procédure, voir par exemple : « Introduction », S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, *op. cit.*

¹²¹⁵ F. de la MORENA, « Crèche Baby Loup : quand il n'est plus question de laïcité », *AJCT*, 2014, p. 337 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, *op. cit.* ; C. LAURENT-BOUTOT, « L'épilogue de l'affaire Baby Loup : la circulation normative chaotique de la liberté religieuse », in *Voyage au bout de la logique juridique. Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2020, pp. 247-258 ; M. HUNTER-HENIN, « Living Together in an Age of Religious Diversity: Lessons from Baby Loup and SAS », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2015, n° 4, pp. 94-118 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *La Revue des droits de l'homme*, 2018. Voir aussi : Cass., Ass. Plén., 25 juin 2014, 13-28. 369, publié au bulletin, AJDA, 2014, p. 1293 ; *ibid.* p. 1842, note S. MOUTON et T. LAMARCHE ; JA, 2017, n°567, p. 41, étude P. FADEUILHE ; AJCT, 2014, p. 511, obs. F. de la MORENA ; AJCT, 2014, p. 337, tribune F. de la MORENA ; Dr. Soc., 2014, p. 811, étude J. MOULY ; RDT 2014, p. 607, étude P. ADAM ; RFDA 2014, 954, note P. DEVOLVE ; RTD Civ, p. 620, obs. J. HAUSER.

licenciement de Mme Afif et juge que les restrictions à la liberté religieuse des salariés¹²¹⁶ étaient « justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché », sans retenir la qualification d'entreprise de conviction. Pour S. Hennette-Vauchez et V. Valentin, l'affaire Baby Loup est le symbole de la vision républicaine de la laïcité comme vision du Bien¹²¹⁷. Au terme d'un long contentieux dont le retentissement dans le débat public fut particulièrement important, l'affaire Baby Loup n'a finalement pas mené à l'extension des destinataires du principe de neutralité : l'application de celui-ci reste cantonnée, avec quelques exceptions strictement délimitées, à l'État et à ses agents. Dans son arrêt d'assemblée plénière du 25 juin 2014, la Cour de cassation rappelle que « la laïcité, principe constitutionnel d'organisation de l'État, fondateur de la République, qui, à ce titre, s'impose dans la sphère sociale ne saurait fonder une éthique philosophique dont une entreprise pourrait se prévaloir pour imposer à son personnel, de façon générale et absolue, un principe de neutralité et une interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion »¹²¹⁸.

379. Dans la continuité de l'affaire Baby-Loup, l'extension de la neutralité de l'État à la neutralité des personnes privées a progressé, dans une certaine mesure, avec la loi « Travail » du 8 août 2016¹²¹⁹. Cette loi donne aux employeurs la possibilité d'inscrire le principe de neutralité dans le règlement intérieur, sous conditions¹²²⁰, et marque ainsi l'apparition d'un principe de neutralité dans l'entreprise¹²²¹, sans que celle-ci n'ait de lien avec le service public ou ses agents. Cette possibilité reste toutefois très limitée : l'article précise que les restrictions doivent être justifiées par « les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise », et proportionnées¹²²². Par ailleurs, il s'agit bien, dans cette loi, d'une *possibilité* et non d'une

¹²¹⁶ Les restrictions à la liberté religieuse étaient issues du règlement intérieur de la crèche, lequel disposait que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup tant dans les locaux de la crèche, ses annexes ou en accompagnement des enfants confiés à l'extérieur de la crèche ».

¹²¹⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, op. cit., p. 18.

¹²¹⁸ Cass., Ass. Plén., 25 juin 2014, 13-28.369, publié au bulletin.

¹²¹⁹ LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹²²⁰ Cette possibilité est ouverte par l'article L. 1321-2-1 du Code du Travail, créé par l'article 2 de la loi du 8 août 2016, qui dispose : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ».

¹²²¹ J. MOULY, « Le principe de neutralité dans l'entreprise », *Dalloz*, 2016, p. 1991 ; I. DESBARATS, « Entre laïcité et neutralité : quelles frontières en droit du travail ? », *Revue du droit des religions*, octobre 2017, n° 4, pp. 51-67.

¹²²² Le juge européen a confirmé la possibilité d'un principe de neutralité dans l'entreprise. Dans deux arrêts de 2017 (CJUE, GC, 14 mars 2017, Bougnaoui contre Micropole SA, C-188/15 ; CJUE, GC, 14 mars 2017, Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV, C-157/15), il précise que l'exigence de neutralité doit être appliquée de manière générale et indifférenciée : elle doit viser tous les signes visibles de convictions politiques, philosophiques et religieuses. Elle doit nécessairement être inscrite dans le règlement intérieur. Dans un arrêt ultérieur de 2021, le

obligation faite aux entreprises : en l'absence d'une telle norme interne, c'est la liberté religieuse qui s'applique en priorité¹²²³. Il ne s'agit pas, dans le contexte du monde du travail, d'une extension de l'acception de la sphère publique mais de l'extension à la sphère privée. Ainsi, cette extension ne relève pas de la laïcité.

380. Là encore, il y a une volonté politique et sociétale notable d'étendre le principe de neutralité à la sphère privée. Par exemple, dans le cadre de l'adoption de la loi visant à démocratiser la pratique du sport, une proposition avait été faite par le Sénat visant au « respect des principes de neutralité et de laïcité »¹²²⁴ dans la pratique du sport, et qui prévoyait que « le port de signes religieux ostensibles est interdit pour la participation aux événements sportifs et aux compétitions sportives organisées par les fédérations sportives et les associations affiliées » qui a finalement été rejeté. Là encore, les débats montrent une volonté d'utiliser la laïcité comme vision du Bien et non comme cadre du Juste, témoignant d'une profonde confusion sur ce que signifient la laïcité et la neutralité. Le principe de laïcité dans le sport fut l'un des principaux points de désaccord dans l'adoption de cette loi, qui ne contiendra finalement aucune mention de l'un ou l'autre de ces principes. Le sénateur écologiste T. Dossus a ainsi soulevé le manque de neutralité des intentions dans la proposition de la droite sénatoriale, en déclarant que l'amendement en question utilisait la loi de 1905 comme « un outil de stigmatisation contre les sportives musulmanes », et qu'« utiliser la laïcité pour assigner des femmes musulmanes à résidence et les priver de terrain de sport constitue un dévoiement terrible de la loi de 1905 », et poursuit en déclarant qu'au contraire, la « loi de 1905 les protège à la fois de ceux, comme vous, qui ne souhaitent pas les voir sur un terrain de football en raison de leur croyance, et de ceux qui les obligeraient à pratiquer le sport voilées », tandis que les sénateurs soutenant l'amendement de S. Piednoir évoquaient « l'intégration et le vivre-ensemble »¹²²⁵. Dans le

juge européen a ajouté que, dans l'application du principe de neutralité, l'entreprise doit prendre « en considération les attentes légitimes [des] clients ou usagers » et que son objectif doit être légitime (CJUE, GC, 15 juillet 2021, IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ, C-804/18). Il précise par ailleurs que la différence de traitement doit être suivie de manière cohérente et systématique, et qu'elle doit être limitée au strict nécessaire. Il incombe à l'employeur de démontrer un besoin véritable d'application du principe de neutralité.

¹²²³ Dans un arrêt de 2017, la Cour de cassation a rappelé la nécessité de faire respecter la liberté religieuse des employés. La Cour d'appel de Paris avait validé le licenciement pour faute d'une employée qui ne voulait pas ôter son foulard islamique, et la Cour de cassation a rappelait notamment qu'« aucune clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail n'était prévue dans le règlement intérieur [...] et que l'interdiction faite à la salariée de porter le foulard islamique dans ses contacts avec les clients résultait seulement d'un ordre oral [...], ce dont il résultait l'existence d'une discrimination fondée sur les convictions religieuses [...] » (Cass., ch. soc., arrêt n°2484 du 22 novembre 2017, 13-19.855, publié au bulletin).

¹²²⁴ Proposition de loi « Démocratiser le sport en France », Première lecture, Sénat, amendement n°COM-10, 3 janvier 2022, présenté par M. Piednoir : « Alinéa 5. Compléter cet alinéa par une phrase ainsi rédigée : « Elles doivent également respecter les principes de neutralité et de laïcité. » ».

¹²²⁵ JO, Sénat, Séance du 16 février 2022.

même sens, une proposition de loi n°638 « encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans la pratique du sport » a été présentée par le sénateur D. Wettebled en mai 2022.

381. Cette articulation entre laïcité et neutralité des individus démontre la confusion autour de la sphère d'application de la laïcité. Si cette extension a largement été maîtrisée, elle témoigne plus généralement de l'apparition d'une laïcité revêtant un contenu substantiel.

§ 2. Le contenu substantiel de la laïcité française

382. Les « atteintes » portées au cadre du Juste par les différentes évolutions législatives et jurisprudentielles n'ont pas totalement remis en cause le socle libéral du modèle français de coexistence entre les individus. Néanmoins, au-delà des évolutions ayant modifié l'appréhension de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée, la vision d'une laïcité non pas comme garantie procédurale mais comme valeur substantielle, plus éloignée de l'acception libérale de la neutralité de l'État, existe à la fois dans le débat politique, juridique et philosophique, et dans certaines évolutions juridiques récentes. Or, l'acception d'une laïcité comme méta-valeur républicaine (I) mènerait à l'affaiblissement de la liberté individuelle (II).

I. L'acception croissante de la laïcité comme méta-valeur républicaine

383. Outre les questions relatives à la neutralité des personnes privées, le principe de neutralité, par la mise en œuvre de la laïcité, reflète en France une certaine idéologie, car la France « a érigé la laïcité au rang de valeur fondatrice »¹²²⁶. Cette conception peut être identifiée dans le vocabulaire politique : elle se retrouve par exemple dans l'expression « adhésion aux valeurs de la République », qui avait été utilisée d'abord en 2004 lors de l'adoption de la loi relative à l'interdiction de signes religieux ostentatoires à l'école par la directrice des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, ou encore par le Président Macron dans son discours sur la lutte contre les séparatismes du 2 octobre 2020, qui annonce l'objectif de la future loi Principes de la République de 2021, traduisant un contenu substantiel à la laïcité. Cette acception de la laïcité s'inscrit dans une vision plus générale des modèles contemporains, notamment la vision selon laquelle « une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la

¹²²⁶ B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, op. cit., p. 9.

promotion des droits individuels »¹²²⁷. Mais cette acception se trouve également dans différentes normes juridiques, qui traduisent la volonté d'ériger la laïcité au rang de méta-valeur républicaine. En particulier, la vision de la laïcité comme méta-valeur républicaine se trouve, juridiquement, dans la notion de vivre-ensemble (A), et dans la loi « Principes de la République » de 2021 (B).

A) La notion de vivre-ensemble

384. L'acception d'une laïcité substantielle, ou d'une « laïcité-allégeance aux valeurs républicaines »¹²²⁸, c'est-à-dire d'une laïcité qui serait appréhendée comme une « archi-valeur républicaine »¹²²⁹, parce qu'elle renvoie à une vision du Bien, traduit « l'effacement de la laïcité libérale »¹²³⁰. Cette acception peut être identifiée par exemple dans le rapport Stasi de 2003, qui évoque les « principes cardinaux » composant la laïcité, parmi lesquels le « vivre-ensemble »¹²³¹, et qui précise que la laïcité « n'est pas un simple un “garde-frontière” qui se limiterait à faire respecter la séparation entre l'État et les cultes, entre la politique et la sphère spirituelle ou religieuse », et qu'elle ne doit pas faire obstacle à la « consolidation des valeurs communes qui fondent le lien social »¹²³². De fait, la laïcité appelle à des « efforts » des religions afin de « rendre possible la vie ensemble »¹²³³. La vision de la laïcité comme méta-valeur ressort également de la Charte de la laïcité de 2007, en particulier de l'avis du Haut Conseil à l'intégration la présentant, qui qualifie la laïcité de « valeur fondamentale [...] qu'on ne saurait isoler des autres grands principes constitutifs du pacte républicain » et qui s'attache à faire de la Charte de la laïcité « une *règle de vie républicaine* »¹²³⁴. À l'occasion d'un colloque portant sur « L'ordre public », J.-M. Sauvé déclarait, dans le même sens, que « [s]i l'ordre public est inséparable d'une certaine conception des exigences de la vie sociale pouvant conduire à restreindre des libertés et droits individuels, il est aussi plus largement indissociable

¹²²⁷ B. MATHIEU, « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 453-459.

¹²²⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », art. cit., p. 17.

¹²²⁹ D. KOUSSENS, « Ce que la laïcité a de nouveau, ou pas. Regards croisés France-Québec », *La Revue des droits de l'homme*, juin 2018, n° 14, p. 2.

¹²³⁰ V. VALENTIN, « L'effacement de la laïcité libérale en France. De la séparation du politique et du religieux vers la promotion du « vivre-ensemble » », art. cit.

¹²³¹ B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, op. cit., p. 12.

¹²³² *Ibid.*, p. 15.

¹²³³ *Ibid.*, p. 16.

¹²³⁴ Haut Conseil à l'Intégration, *Projet de Charte de la laïcité dans les services publics, Avis à Monsieur le Premier ministre*, janvier 2007.

d'une certaine vision du bien commun, des buts essentiels que notre société s'assigne et, par suite, des règles indérogeables qui en résultent »¹²³⁵. Pour G. Calvès, la mutation de la laïcité en « valeur du vivre-ensemble » est issue de la construction d'un nouveau discours officiel à partir des années 2000, en particulier après les attentats de 2015, qui « consiste à présenter la laïcité comme un ensemble de règles qui doivent être connues et respectées par tous, car elles sont garantes du “vivre-ensemble” », et qui implique que « la laïcité n'est pas seulement un dispositif juridique : elle condense toute une série de valeurs indispensables à la cohésion sociale et à l'unité nationale »¹²³⁶.

385. La notion de « vivre-ensemble » soulève de nombreuses questions relatives à la neutralité de l'État, en particulier celle de savoir si cette notion relève du Juste ou du Bien¹²³⁷. Elle se trouve également dans l'exposé des motifs de la loi de 2010, qui indique explicitement que « [s]i la dissimulation volontaire et systématique du visage pose problème, c'est parce qu'elle est tout simplement contraire aux exigences du “vivre-ensemble” dans la société française », et qui précise immédiatement que « [l]a défense de l'ordre public ne se limite pas à la préservation de la tranquillité, de la salubrité ou de la sécurité ». La loi de 2010 relative à l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public¹²³⁸, très commentée¹²³⁹, s'inscrit dans un contexte particulier¹²⁴⁰ : elle n'est pas justifiée, du moins de manière officielle, comme

¹²³⁵ Introduction du colloque intitulé « L'ordre public – Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation » par Jean-Marc Sauvé, le vendredi 24 février 2017, disponible en ligne sur conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation

¹²³⁶ G. CALVÈS, *La laïcité*, op. cit., pp. 11-12.

¹²³⁷ Voir par exemple : G.-G. VALENTIN, « Le vivre-ensemble : exigence supérieure ou droit subjectif ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, n° 30 ; H. LABAYLE, « “Vivre ensemble”, entre neutralité et parti pris », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 363-371.

¹²³⁸ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹²³⁹ A. LEVADE, « Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *La semaine juridique Édition générale*, octobre 2010, n° 43 ; M. VERPEAUX, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *AJDA*, 2010, p. 2373 ; B. MATHIEU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur “le voile intégral” - La reconnaissance implicite d'un ordre public “immatériel” », *La semaine juridique Édition générale*, 2010, n° 42, p. 5 ; O. BUI-XUAN, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », art. cit. ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Laïcité et liberté religieuse en France : aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public », *Revista Derecho del Estado*, 2012, n° 29, pp. 51-72 ; F. DESPREZ, « Brèves remarques sur l'interdiction de dissimulation du visage au sein de l'espace public », *Gazette du Palais*, 2010, n° 244-245, pp. 7-10 ; F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *La semaine juridique Adm. Et coll.*, 2010, n° 48, p. 2355 ; « Dossier “La laïcité à l'épreuve du voile intégral” », *Regards sur l'actualité*, 2010, n° 364, p. 96 ; J.-P. FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 387 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Derrière la burqa, les rapports entre Droit et Laïcité : la subversion de l'État de droit ? », in D. KOUSSENS et O. ROY (dirs.), *Quand la burqa passe à l'Ouest ? Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, coll. « Sciences des religions », Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013, pp. 159-175 ; R. NOGUELLOU, « L'interdiction du port du voile intégral », *DA*, 2010, n° 6, p. 3.

¹²⁴⁰ Le port du voile intégral par certaines femmes musulmanes, pourtant très marginal en France, a suscité au début des années 2010 un important débat en France, qui aboutit à l'adoption de la loi de 2010. Celle-ci fut d'abord

complétant la loi de 1905. Elle n'est donc pas explicitement rattachée à la laïcité. Dans son *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, le Conseil d'État rappelle l'impossibilité de fonder l'interdiction du port du voile intégral sur le principe de laïcité, qui ne peut limiter la liberté religieuse. En rappelant que seul l'ordre public peut limiter la liberté religieuse, il propose une conception « renouvelée »¹²⁴¹ de celui-ci en y incluant une dimension immatérielle¹²⁴². Le Conseil d'État n'évoque pas le « vivre-ensemble » mais le « socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société »¹²⁴³, et précise que cette « conception, formalisée, aboutirait ainsi, de manière inédite, à retenir une définition 'positive' de l'ordre public non plus seulement comme 'rempart' contre les abus procédant de l'exercice sans limites des libertés mais comme le socle d'exigences fondamentales garantissant leur libre exercice »¹²⁴⁴. Malgré les réticences du Conseil d'État, la loi de 2010 a adopté cette conception renouvelée de l'ordre public. Dans sa décision de 2010, le Conseil constitutionnel a considéré que « eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée [...], le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée »¹²⁴⁵. L'adoption de la loi de 2010 ainsi que la décision du Conseil constitutionnel¹²⁴⁶ correspondent alors à la « reconnaissance d'un ordre public différent de l'ordre public matériel »¹²⁴⁷. La loi a ainsi pour conséquence la « moralisation de l'espace public »¹²⁴⁸. Ainsi que l'expriment S. Henneette-Vauchez et V. Valentin, il y a une relation à double sens entre l'ordre public immatériel¹²⁴⁹ et

précédée d'une mission parlementaire puis d'une résolution parlementaire proposant l'interdiction du port du voile intégral au motif que celui-ci ne serait pas conforme aux valeurs de la République. Voir : A. LEVADE, « Voile intégral : consensus sur une résolution parlementaire », *JCP G*, 2010, n° 21, pp. 1043-1044 ; A. LEVADE, « Le "refus de la République", prologue d'un débat national ? À propos du rapport de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national », *JCP G*, 2010, n° 6, pp. 264-267.

¹²⁴¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁴² M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », n° 149, Paris, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 110 et s.

¹²⁴³ CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 27.

¹²⁴⁵ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹²⁴⁶ B. MATHIEU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur "le voile intégral" - La reconnaissance implicite d'un ordre public "immatériel" », *art. cit.*

¹²⁴⁷ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁴⁸ F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *art. cit.*

¹²⁴⁹ Dans sa thèse, M.-O. PEYROUX-SISSOKO propose la définition suivante de l'ordre public immatériel : « Dans un sens restrictif, l'ordre public immatériel est la notion qui permet de restreindre les droits et libertés subjectifs individuels en dehors de tout trouble matériel en vue de la protection d'une exigence supérieure (valeurs objectives). Dans un sens plus large, l'ordre public immatériel est une notion de rééquilibrage de l'ordre juridique français par la prévalence et la protection d'un système axiologique composé de valeurs objectives qui ne peut être

la laïcité : « [...] la notion d'ordre public est ouverte à la limitation de liberté portée par la Nouvelle Laïcité, celle-ci enrichissant en retour la dimension moralisatrice de l'ordre public »¹²⁵⁰. La laïcité au sens substantiel va donc de pair avec l'ordre public immatériel qui, par ailleurs, ne se limite pas à la notion de vivre ensemble utilisée par le Conseil constitutionnel dans la décision de 2010¹²⁵¹. Or, comme le relève M.-O. Peyroux-Sissoko, l'apparition d'un ordre public immatériel cause un « déséquilibre » dans l'État de droit », car elle « invite à se demander si, dans les cas où il intervient, cet ordre public ne poserait pas un autre système de valeurs contrebalançant le système des droits et libertés subjectifs individuels »¹²⁵². Étendre le principe de neutralité à l'espace public et aux personnes privées revient à adopter une conception immatérielle de l'ordre public, traduisant alors l'incarnation par l'État d'une certaine vision du Bien, et opérant une confusion entre le droit et la morale¹²⁵³. La notion de « vivre-ensemble » est apparue comme justification à l'extension de la neutralité aux individus.

386. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans l'arrêt *S.A.S c. France*¹²⁵⁴, a conclu à la conventionnalité de la loi de 2010¹²⁵⁵, en considérant que « la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société »¹²⁵⁶. Le juge considère que « le vivre ensemble dans l'exposé des motifs du projet de loi peut se rattacher au but légitime que constitue la protection des droits et libertés d'autrui »¹²⁵⁷, c'est-à-dire qu'il considère que le vivre-ensemble relève du Juste, et adopte sa

exclusivement réglementé par les règles régissant le système des droits et libertés individuels » (M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, op. cit., p. 525).

¹²⁵⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, op. cit., p. 61.

¹²⁵¹ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, op. cit.

¹²⁵² *Ibid.*, p. 195.

¹²⁵³ V. VALENTIN, « Espace public, ordre public et ordre moral », in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, coll. « Colloques & Essais », Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012, pp. 113-121.

¹²⁵⁴ CEDH, GC, 1er juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11.

¹²⁵⁵ P. DUCOULOMBIER, « Tenue correcte exigée. Observations sous l'arrêt CEDH, gr. ch, 1er juillet 2014, *S.A.S. c. France* », *RTD Eur.*, 2015, p. 95. ; C. CHASSANG, « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation à demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Dalloz*, 2014, n° 30, pp. 1701-1707 ; A. LEVADE, « Ultime hypothèque levée : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public n'est pas contraire à la Convention EDH ! », *JCP G*, 2014, n° 39, pp. 1686-1688 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le "vivre-ensemble" et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2014, n° 3, pp. 626-632 ; C. RUET, « L'interdiction du voile intégral dans l'espace public devant la Cour européenne : la voie étroite d'un équilibre », *La Revue des droits de l'homme*, 2014, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/862> ; F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », art. cit. ; J.-P. MARGUENAUD et L. USUNIER, « La promotion européenne du "vivre-ensemble" comme instrument de lutte contre la discrimination du visage dans l'espace public », *RTD Civ*, octobre 2017, n° 4, pp. 823-825.

¹²⁵⁶ CEDH, GC, 1er juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 153.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, § 121.

propre définition du vivre-ensemble comme droit subjectif¹²⁵⁸. Toutefois, comme le relèvent les juges Nussberger et Jäderblom dans leur opinion en partie dissidente, il « n'existe aucun droit à ne pas être choqué ou agressé par différents modèles d'identité culturelle ou religieuse, même par ceux qui sont aux antipodes du style de vie traditionnel français ou européen »¹²⁵⁹, adoptant ainsi une vision du port de la *burqa* comme conception du bien.

387. Le principe de neutralité trouve sa source et sa justification première dans la coexistence pacifique des différentes conceptions du bien dans la société civile. La loi de 2010, mais aussi les autres tentatives d'extension, de même que la progression dans le débat public de l'idée d'une interdiction totale du port du voile dans l'espace public¹²⁶⁰, montrent que le principe de neutralité est toujours lié, d'une manière ou d'une autre, à la question de la coexistence. Là où la neutralité de l'État était envisagée comme un moyen de mettre fin aux guerres idéologiques, la neutralité des personnes privées est souvent présentée comme une solution possible de pacification favorisant le « vivre-ensemble ». Cela montre aussi que c'est précisément quand cette coexistence est envisagée, de manière réelle ou fantasmée, comme n'étant plus pacifique, que le principe de neutralité est brandi comme une solution¹²⁶¹. L'affaire du *burkini*, survenu dans un contexte d'émotion nationale qui a suivi les attentats de 2015 et 2016, est preuve de cela, mais aussi d'une mécompréhension du principe de neutralité dans le débat public. Elle témoigne de cette idée très française, certainement par manque « d'*habitus* historique pluraliste »¹²⁶², que la neutralité permettrait par elle-même de régler les conflits, en oubliant qu'elle doit également, et avant tout, permettre la liberté individuelle.

B) La loi confortant le respect des principes de la République

388. La récente loi confortant le respect des principes de la République du 24 août 2021 contribue également à la quasi-consécration d'une acception substantielle de la laïcité. La loi est tout entière tournée vers la neutralité et la laïcité. Ses deux principaux titres le montrent bien : le premier est intitulé « Garantir le respect des principes de la République et des exigences

¹²⁵⁸ La Cour reprendra le même raisonnement et la même interprétation du vivre-ensemble dans un arrêt postérieur : CEDH, 11 juillet 2017, Belcaceci et Oussar c. Belgique, req. n°37798/13.

¹²⁵⁹ Opinion en partie dissidente commune aux juges Nussberger et Jäderblom, respectivement §5 et 7.

¹²⁶⁰ Cette idée était notamment au cœur de la campagne présidentielle de la candidate M. Le Pen.

¹²⁶¹ Par exemple, à la suite du dernier arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Baby-Loup, E. Badinter a organisé une pétition invitant le législateur à « remédier à cet état de confusion [...] qui [...] *met en péril le vivre-ensemble* » (E. Badinter, A. Bidar, J. Bougrab, *et al.*, « Crèche Baby-Loup : appel à toutes les consciences républicaines ! », *Change.org*, 19 mars 2013).

¹²⁶² J. BAUBEROT, « La tolérance dans la France actuelle », art. cit., p. 115.

minimales de la vie en société », et interroge directement les limites à la neutralité rencontrées dans les « principes de la République » et « les exigences minimales de la vie en société ». Le titre II, intitulé « Garantir le libre exercice des cultes » parle de la laïcité et de la liberté que vise l'exigence de neutralité. Cette loi présente les mêmes ambiguïtés que la consécration juridique du « vivre-ensemble » quant au cadre du Juste. La laïcité « est présentée, de manière très englobante, comme une sorte de synthèse des principes fondamentaux de l'ordre politique français »¹²⁶³. Désormais, tous les fonctionnaires devront être formés au « principe de laïcité » et toutes les administrations, les collectivités territoriales, les établissements publics doivent désigner un « référent laïcité »¹²⁶⁴. Surtout, l'article 5 de la loi introduit un nouveau déferé préfectoral, le « déferé laïcité »¹²⁶⁵, qui ouvre la possibilité pour les préfets de demander la suspension de l'exécution d'un acte d'une collectivité qui porterait gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics¹²⁶⁶. En créant la même possibilité de suspendre un acte portant gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics que celle existant pour les actes portant gravement atteinte à l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, la loi de 2021 érige les principes de laïcité et de neutralité au rang de méta-valeurs. En mettant la laïcité au même rang que les libertés publiques, la loi de 2021 et la création du déferé préfectoral s'inscrivent dans une vision de la laïcité incluant une dimension substantielle.

389. De manière générale, la loi de 2021 vise à utiliser, en le renforçant, le principe de neutralité du service public pour conforter les principes républicains. Se pose alors la question du renversement du Juste et du Bien, car la loi pose comme limite à la neutralité le respect des « principes de la République » sans les définir explicitement. Il demeure ainsi une ambiguïté sur la nature des « principes de la République ». Appréhendés comme valeurs, les « principes de la République » porteraient une large atteinte à la conception libérale de la laïcité et de la neutralité. Or, la conception « républicaine » qui apparaissait en filigrane dans les précédentes évolutions, semble ici clairement assumée. L'importance croissante, dans le discours politique, des « valeurs républicaines », et la judiciarisation du « vivre-ensemble » éloignent la laïcité du principe de neutralité, ce qui affaiblit la liberté individuelle.

¹²⁶³ G. CALVES, *La laïcité*, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁶⁴ Article 3, LOI n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

¹²⁶⁵ Cette possibilité a ensuite été détaillée dans une instruction du Gouvernement du 31 décembre 2021 relative au contrôle de légalité des actes portant gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics.

¹²⁶⁶ Le juge administratif dispose ensuite de 48h pour statuer, et sa décision peut être portée en appel devant le Conseil d'État dans les 15 jours qui suivent.

II. L'affaiblissement de la liberté individuelle

390. Le modèle républicain, dans sa mise en œuvre française, est l'exemple type du « malaise » dans le concept de neutralité, précisément parce que celui-ci repose sur la distinction entre le Juste et le Bien, et que celle-ci est floue. En effet, non seulement la distinction entre ce qui relève du Juste et ce qui relève du Bien évolue selon les époques, mais surtout, il n'y a pas de ligne rouge prédéfinie et facilement identifiable qui permettrait de dire que tel modèle respecte les principes du Juste sans porter atteinte aux conceptions du bien et que tel autre adopte une conception du Juste qui correspond en réalité à une conception du bien. Si le modèle libéral est en lui-même difficile à appréhender dans la distinction entre le Juste et le Bien, le modèle républicain présente cette difficulté supplémentaire de demande d'adhésion à la République, à ses principes et à ses valeurs qui floute la distinction entre le Juste et le Bien.

391. Si la « nouvelle laïcité » va parfois dans le sens d'une religion civile, portant ainsi atteinte au socle libéral (A), le cadre du Juste est toutefois maintenu malgré sa fragilisation (B).

A) La laïcité comme religion civile : une atteinte à la liberté individuelle

392. La neutralité de l'État est le corollaire de la liberté individuelle¹²⁶⁷. Envisagée de manière substantielle, la laïcité ne permet plus la neutralité, car elle ne protège plus suffisamment la liberté individuelle. L'extension de l'exigence de neutralité aux *personnes privées* modifie en profondeur le principe de neutralité, qui n'est alors plus un cadre de liberté, mais prend la forme d'une religion civile à laquelle il s'agit d'adhérer, faute de quoi les individus deviennent des menaces pour les valeurs républicaines. J.-J. Rousseau déclarait cette même idée lorsqu'il affirmait « qu'il peut exister des religions qui attaquent les fondements de la société, et qu'il faut commencer par exterminer ces religions pour assurer la paix de l'État »¹²⁶⁸. La religion civile « comprend l'ensemble des doctrines politiques, des récits historiques, des figures emblématiques, des événements donnant lieu à célébration et à rituels commémoratifs, à travers lesquels l'État se grave dans l'esprit de ses membres, en particulier les plus jeunes ou les derniers arrivés. [...] »¹²⁶⁹. Les interdictions vestimentaires issues des lois de 2004 et de 2010 s'inscrivent – malgré leur délimitation précise – dans cette vision de la

¹²⁶⁷ Voir *supra*, § 201.

¹²⁶⁸ ROUSSEAU, « Lettre de J.-J. Rousseau à Monsieur de Voltaire, le 18 août 1756 », 18 août 1756, pp. 53-54.

¹²⁶⁹ M. WALZER, *Traité sur la tolérance*, *op. cit.*, pp. 112-113.

neutralité comme dogme. Tant dans le cas de la *burqa* que dans celui du voile, il y a une évolution importante par rapport à la loi de 1905, qui posait le principe de neutralité de l'État, car celui-ci impliquait, comme l'expliquait A. Briand en parlant de la soutane, l'indifférence de l'État à l'égard des vêtements religieux :

« En régime de séparation la question du costume ecclésiastique ne pouvait pas se poser. Ce costume n'existe plus pour nous avec son caractère officiel, c'est-à-dire en tant qu'uniforme protégé par l'article 259 du Code pénal. La soutane devient, dès le lendemain de la séparation, un vêtement comme un autre, accessible à tous les citoyens, prêtres ou non. »¹²⁷⁰

393. La logique du principe de neutralité libérale est celle d'une protection des individus contre les ingérences de l'État : or, en étendant le principe de neutralité aux individus, l'État intervient directement, et de manière conséquente, dans la sphère du Bien, marquant alors la fin du principe de neutralité libérale de l'État, et le début de la neutralité comme dogme. Imposer la neutralité des personnes privées équivaut à « contrôler et limiter les comportements issus de choix moraux, religieux ou philosophiques » et à « interdire certains choix pour des raisons politiques ou morales, indépendamment pourtant de toute atteinte à la liberté » : il s'agit donc de « proscrire, dans les relations privées, l'expression des convictions religieuses, des choix moraux ou esthétiques qui auraient une portée antirépublicaine »¹²⁷¹. Cette conception va à l'encontre du principe de neutralité car elle traduit une vision du Bien, une sorte de religion civile de la République, anti-religieuse. Il n'y a pas de compatibilité entre la laïcité-religion civile et le maintien du socle libéral. Le socle libéral sur lequel repose le principe de neutralité est incompatible avec la baisse de la liberté individuelle et la discrimination religieuse qu'implique la neutralité des personnes privées. En ce sens, le rapport Baroin écrit explicitement que « à un certain point, la laïcité et les droits de l'homme sont incompatibles »¹²⁷². Par ailleurs, tant la loi de 2004 – qui limite la liberté religieuse des élèves sans justifier cette restriction par l'ordre public – que la loi de 2010 – qui pose une interdiction générale et absolue – provoquent un affaiblissement de la liberté individuelle.

394. Le principe de neutralité de l'État, qui visait en premier lieu à garantir la coexistence pacifique en société d'individus aux croyances distinctes puis à protéger la liberté individuelle de ceux-ci, n'est pas compatible avec la neutralité des *individus*. Si les deux principes peuvent exister conceptuellement, ou même juridiquement, ils ne peuvent coexister.

¹²⁷⁰ JO, Ass. Nat., 26 juin 1905, p. 2480.

¹²⁷¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, op. cit., p. 66.

¹²⁷² Le rapport, non publié, est cité par : J. BAUBEROT, *La laïcité falsifiée*, op. cit., p. 40.

Si la « nouvelle » laïcité parvenait à s'imposer juridiquement, cela signerait la fin de mise en œuvre, fût-elle républicaine, du principe de neutralité libérale.

B) Un socle libéral maintenu mais fragilisé

395. Le Conseil d'État, dès les premières décisions relatives au port de signes religieux ostentatoires par les personnes privées, a défendu une position libérale en accord avec la loi de 1905 et le socle des droits de l'Homme sur lequel s'est bâtie la République française¹²⁷³. Dans son avis de 1989 relatif à l'affaire du foulard¹²⁷⁴, il adopte une posture libérale en parlant du « droit » pour les élèves « d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ». Dans l'arrêt *Kherouaa* de 1992¹²⁷⁵, la position du Conseil d'État est en accord avec la lecture libérale de la loi de 1905 et consacre une définition de la laïcité autour de la liberté de croyance des élèves. Dans le même sens, dans son arrêt d'assemblée *Koen* du 14 avril 1995, il évoque le droit des élèves à « bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse »¹²⁷⁶. De manière générale, dans sa jurisprudence, « la position du Conseil d'État en matière de laïcité est ouverte et équilibrée »¹²⁷⁷. Par ailleurs, en 2013, dans une étude demandée par le Défenseur des droits¹²⁷⁸, le Conseil d'État s'est explicitement opposé à l'extension de l'obligation de neutralité aux « collaborateurs occasionnels du service public »¹²⁷⁹, comme les parents accompagnateurs de sorties scolaires, cette catégorie étant purement fonctionnelle, et non juridique : ainsi, les usagers visés ne peuvent être soumis à une obligation de neutralité. Dans le même sens, l'affaire du « burkini » en 2016 avait également permis au Conseil d'État de rappeler sa ligne libérale¹²⁸⁰.

¹²⁷³ R. SCHWARTZ, « La jurisprudence de la loi de 1905 », art. cit.

¹²⁷⁴ Conseil d'État, Ass., Avis, 27 novembre 1989, n°346893.

¹²⁷⁵ Conseil d'État, 2 novembre 1992, M. Kherouaa et Mme Kachour, M. Balo et Mme Kizic, Rec. p. 389, concl. D. Kessler RFDA 1993, p. 112 : La distinction « n'a pas été suffisamment soulignée entre les obligations faites aux élèves et celles faites aux enseignants. Parce que l'enseignement est laïc, l'obligation de neutralité s'impose absolument aux enseignants qui ne peuvent exprimer dans leur enseignement leur foi religieuse. En revanche, parce que la liberté de conscience est la règle, un tel principe ne saurait s'imposer aux élèves qui sont libres de manifester leur foi, la seule limite à cette manifestation étant la liberté d'autrui ».

¹²⁷⁶ Voir *infra*, § 570, note 1866.

¹²⁷⁷ J.-M. SAUVE, « Laïcité et République », intervention lors de la Conférence Olivaint le 6 décembre 2016, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/laicite-et-republique>.

¹²⁷⁸ Conseil d'État, Ass., Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013, 19 décembre 2013.

¹²⁷⁹ Cette possibilité avait par exemple été validée par le Tribunal administratif de Montreuil : TA Montreuil, 22 novembre 2011, n°1012015.

¹²⁸⁰ Conseil d'État, Ord., 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres, n°s 402742, 402777.

396. Toutefois, la position traditionnellement libérale du Conseil d'État a été fragilisée par une ordonnance récente, rendue dans le cadre de la première utilisation du nouveau déféré-laïcité. Celui-ci a été utilisé en mai 2022 par le préfet de l'Isère à la suite d'une délibération du Conseil municipal de la commune de Grenoble du 16 mai 2022 approuvant l'article 10 du règlement des piscines municipales autorisant le port de certaines tenues de bain¹²⁸¹. Cet article autorisait donc le port du « burkini » dans les piscines municipales, dérogeant ainsi à la règle selon laquelle les tenues de bain doivent être ajustées près du corps. Dans cette affaire – comme dans les précédentes – s'opposaient une nouvelle fois deux visions de la laïcité : selon le préfet, l'article 10 avait pour finalité de « reconnaître des droits particuliers à des membres d'une communauté religieuse » ; selon la commune de Grenoble, cet article n'avait « pas pour objet d'autoriser une pratique religieuse mais seulement de permettre à toute personne d'accéder aux piscines, dans le respect des règles d'hygiène et de sécurité propres à ces équipements ». De même, l'association Alliance Citoyenne et la Ligue des Droits de l'Homme – qui demandaient au Tribunal administratif le rejet du déféré du préfet – avançaient également l'argument selon lequel l'autorisation du port du burkini ne porte pas atteinte au principe de laïcité et de neutralité des services public. De manière plutôt surprenante¹²⁸², le juge des référés du Tribunal administratif de Grenoble a considéré que les auteurs de la délibération avaient gravement porté atteinte aux principes de neutralité du service public « en dérogeant à la règle générale d'obligation de porter des tenues ajustées près du corps pour permettre à certains usagers de s'affranchir de cette règle dans un but religieux », et a suspendu l'exécution de l'article 10 en tant qu'il autorise l'usage de tenues de bains non près du corps moins longues que la mi-cuisse¹²⁸³.

397. En appel, le Conseil d'État a confirmé la suspension de la délibération de la Ville de Grenoble¹²⁸⁴. L'ordonnance du Conseil d'État surprend par son ambiguïté : sans remettre en cause les principes de laïcité et de neutralité, en ce que ceux-ci ne s'appliquent qu'à l'État, elle propose toutefois plusieurs innovations questionnant le socle libéral. Tout d'abord, le Conseil

¹²⁸¹ Dans sa rédaction issue de la délibération du 16 mai 2022 du Conseil municipal de Grenoble, l'article 10 dispose : « Pour des raisons d'hygiène et de sécurité, l'accès aux bassins se fait exclusivement dans une tenue de bain correspondant aux obligations suivantes : “[...] Les tenues de bain doivent être faites d'un tissu spécifiquement conçu pour la baignade, ajustées près du corps, et ne doivent pas avoir été portées avant l'accès à la piscine. Les tenues non prévues pour un strict usage de la baignade (short, bermuda, sous-vêtements etc), les tenues non près du corps plus longues que la mi-cuisse (robe ou tunique longue, large ou évasée) et les maillots de bain-short sont interdits. [...]” ».

¹²⁸² L. MAMET, « Burkini: “Une décision étonnante” du tribunal administratif », *Le Dauphiné Libéré*, 27 mai 2022, p. 2 (Entretien avec Gwenaële Calvès).

¹²⁸³ TA Grenoble, Ord. du 25 mai 2022, n°2203163.

¹²⁸⁴ Conseil d'État, Ord., 21 juin 2022, n°464648.

d'État confirme sa jurisprudence *Châlon-sur-Saône* de 2020 sur les cantines scolaires¹²⁸⁵, rappelant que le gestionnaire d'un service public *peut* faire des adaptations de son fonctionnement en prenant en compte des spécificités du public concerné, sans être *tenu* de le faire, et rappelle également que ces spécificités peuvent correspondre à des convictions religieuses¹²⁸⁶. Toutefois, il restreint cette possibilité en précisant que ces adaptations ne doivent pas porter atteinte au bon fonctionnement du service « notamment en ce que, par leur caractère *fortement dérogatoire* par rapport aux règles de droit commun et *sans réelle justification*, elles *rendraient plus difficile le respect de ces règles par les usagers ne bénéficiant pas de la dérogation* ou se traduiraient par une rupture caractérisée de l'égalité de traitement des usagers, et donc méconnaîtraient l'obligation de neutralité du service public », c'est-à-dire qu'il est *possible* pour le gestionnaire d'un service public de créer des aménagements pour des raisons religieuses, mais ceux-ci ne doivent pas être excessif.

398. Par ailleurs, le Conseil d'État se fonde sur une absence de neutralité des *intentions* de la part du Conseil municipal de la ville de Grenoble en considérant qu'« *il* ressort [des] écritures et [des] déclaration à l'audience public » que « l'adaptation exprimée par l'article 10 du nouveau règlement » a pour « seul objet d'autoriser les costumes de bain communément dénommés « burkinis », et qu'il « *résulte de l'instruction* » que « cette dérogation à la règle commune [...] est destinée à satisfaire à une demande d'une catégorie d'usagers et non pas, comme elle l'affirme de tous les usagers »¹²⁸⁷. Le Conseil d'État relève la *justification* neutre de la « dérogation », mais considère que, dans la mesure où l'intention était d'autoriser spécifiquement le « burkini », il y a une mesure « fortement dérogatoire » et « sans réelle justification ». Or, la ville de Grenoble avait précisé dans les débats sa volonté de permettre aux usagers de couvrir davantage leur corps à la piscine *quelle que soit* la raison de ce souhait. Le Conseil d'État *prête ainsi une intention* au Conseil municipal de la ville de Grenoble qui lui permet de qualifier et de modifier l'objet de la délibération, et déduit de cette intention supposée

¹²⁸⁵ Voir *infra*, § 571, note 1869.

¹²⁸⁶ Conseil d'État, 11 décembre 2020, n°426483 : « S'il lui est loisible, pour satisfaire à l'intérêt général qui s'attache à ce que le plus grand nombre d'usager puisse accéder effectivement au service public, de tenir compte, au-delà des dispositions légales et réglementaires qui s'imposent à lui, de certaines spécificités du public concerné et si les principes de laïcité et de neutralité du service public ne font pas obstacle, par eux-mêmes, à ce que ces spécificités correspondent à des convictions religieuses, il n'est pas tenu de tenir compte de telles convictions [...] ».

¹²⁸⁷ Pour G. Calvès, la justification donnée par la ville de Grenoble n'était pas plausible, et une autre justification, « soigneusement étayée » aurait peut-être « permis de sauver la mesure d'accommodement ». Le choix de la ville de justifier l'accommodement sans recourir aux convictions religieuses a empêché le juge de se prononcer sur le caractère raisonnable d'un tel accommodement (G. CALVÈS, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *RDFL*, 2022, n° 29, disponible sur http://www.revuedlf.com/droit-administratif/service-public-et-fait-religieux-la-question-des-accommodements-raisonnables/#_ftnref5).

une rupture de neutralité : le nouvel objet de la délibération caractérisé par le Conseil d'État caractérise, *à lui seul*, la rupture de l'égalité de traitement et donc l'atteinte à la neutralité. De fait, il n'y a pas, dans le nouvel article 10 du règlement intérieur, de dérogation spécifiquement accordée à une catégorie restreinte d'usagers : tous les usagers bénéficient de la possibilité de porter une tenue de bain non ajustée dès lors qu'elle ne dépasse pas la mi-cuisse. Ainsi, s'il y a effectivement une dérogation à la règle générale – revêtir une tenue *ajustée près du corps* – celle-ci est ouverte à tous les usagers. Donc le Conseil d'État se fonde sur l'intention supposée de la ville de Grenoble pour caractériser une rupture d'égalité de traitement entre les usagers, et en déduire que cette dérogation « rend[ait] plus difficile le respect de ces règles *par les usagers ne bénéficiant pas de la dérogation* »¹²⁸⁸, ces derniers n'existant pas dans le règlement intérieur mais uniquement dans les intentions de la ville de Grenoble prêtées par le Conseil d'État. En résumé, les restrictions apportées à la jurisprudence *Châlons-sur-Saône* sont applicables en l'espèce en raison des intentions de la délibération, et la distance entre celles-ci et la justification.

399. Enfin, et surtout, il convient de relever qu'il s'agissait dans cette affaire du déféré-préfectoral créé par la loi de 2021, qui n'a vocation à être utilisé que dans le cas où l'acte attaqué est de nature « à porter *gravement* atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics »¹²⁸⁹. Or, le Conseil d'État – ni d'ailleurs le Tribunal administratif – n'analyse pas le caractère de la *gravité* de l'atteinte, qui est pourtant l'une des conditions principales à l'utilisation du déféré-laïcité. De plus, la neutralité n'est évoquée que de manière *indirecte*, l'atteinte principale étant celle portée à l'égalité de traitement des usagers.

400. Ainsi, si le socle libéral est maintenu – le Conseil d'État n'appliquant pas le principe de neutralité aux usagers eux-mêmes – l'ordonnance du 21 juin 2022 ouvre la porte à l'utilisation du déféré-préfectoral pour sanctionner des atteintes supposées à la laïcité et à la neutralité, alors même que celles-ci seraient justifiées de manière neutre. Par ailleurs, cette restriction à la jurisprudence *Châlons-sur-Saône* porte un large coup de frein à la neutralité-reconnaissance¹²⁹⁰ en ce que le Conseil d'État considère que les ruptures d'égalité de traitement des usagers portent atteinte à la neutralité. Pour J. de Glinasty, la décision du Conseil d'État

¹²⁸⁸ Nous soulignons.

¹²⁸⁹ Nous soulignons.

¹²⁹⁰ Voir *infra*, § 571.

confirme l'« abandon » de l'approche libérale de la laïcité¹²⁹¹, et aligne la position du Conseil d'État sur la nouvelle laïcité.

401. Conclusion de section. La laïcité mise en place en 1905, qui correspond au principe libéral de neutralité de l'État, persiste malgré les différentes entraves. Néanmoins, tant ces différentes entraves que la volonté bien présente d'en ajouter de nouvelles, montrent, comme l'explique V. Valentin, que « [c]'est bien le choix d'une laïcité libérale qui est aujourd'hui remis en cause, au profit d'une autre conception, plus large, où la laïcité est définie comme un projet de société et non seulement comme une règle pour l'État »¹²⁹². En s'émancipant du socle libéral, la « nouvelle laïcité » s'apparente à une religion civile qui n'a alors plus rien de neutre, en tant qu'elle renvoie à une conception du bien à laquelle doivent se conformer les individus¹²⁹³. Du fait de cette évolution, « la laïcité n'est plus une coquille vide permettant la coexistence de divers régimes de croyance, mais acquiert un contenu substantiel et véhicule une conception du Bien »¹²⁹⁴.

¹²⁹¹ J. DE GLINIASTY, « Laïcité dans les piscines municipales : entre principe juridique et argument politique (CE Ord., 21 juin 2022, Commune de Grenoble) », *RDLF*, 2022, n° 33, disponible sur <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/laicite-dans-les-piscines-municipales-entre-principe-juridique-et-argument-politique-ce-ord-21-juin-2022-commune-de-grenoble/>.

¹²⁹² V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », art. cit.

¹²⁹³ L'idée de laïcité-religion civile préexiste toutefois à l'apparition de la nouvelle laïcité : dès sa conceptualisation sous la III^e République cette vision de religion civile de la laïcité était très présente. Sur ce point, voir par exemple : O. IHL, *La fête républicaine*, coll. « Bibliothèque des histoires », Paris, Gallimard, 1996 ; J. BAUBEROT, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 2004. Sur le lien avec le contenu spirituel de la République, voir : C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit.

¹²⁹⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », art. cit., p. 18.

CONCLUSION DU CHAPITRE

402. En fonction de son acception, la laïcité est plus ou moins neutralité. La France n'a pas un modèle purement républicain : tant la loi de 1905 que la jurisprudence administrative et constitutionnelle montrent son esprit libéral, qui correspond à la neutralité de l'État. En revanche, il est possible de déceler, tant dans son histoire que dans la « nouvelle » laïcité, une ambiguïté dans la distinction entre le Juste et le Bien. La vision purement libérale de la neutralité adoptée en 1905, à rebours de la vision jacobine d'une laïcité comme idéologie, a subi depuis lors quelques atteintes qui ont fait émerger dans le débat public une vision de laïcité comme conception du bien. Si cette vision d'une laïcité substantielle ne s'est pas franchement et totalement imposée juridiquement, elle fait néanmoins obstacle à l'assimilation des termes de « neutralité » et de « laïcité » ainsi que le faisait J. Rivero en 1949, bien avant la percée de la « nouvelle laïcité ». En tant que vision du Bien, la laïcité serait une fin en soi, tandis que la neutralité libérale doit être envisagée comme un moyen au service de fins : l'égalité et la liberté. Or, la neutralité républicaine est plus attachée à la neutralité *en elle-même*. La neutralité républicaine vise l'émancipation des individus par la raison, ce qui implique une position de méfiance vis-à-vis des religions, et la formation d'une allégeance commune aux valeurs de la république qui s'apparente parfois à une forme de religion civile.

403. Le principe de neutralité a donc évolué et subi plusieurs transformations depuis sa mise en place par la loi de 1905. Ces modifications ont, plus une large part, été justifiées pour contrer la progression de l'islamisme radical, et ont pour conséquence de redessiner les frontières de la neutralité. Pour J. Baubérot, la « nouvelle laïcité » serait devenue « la conception dominante de la laïcité »¹²⁹⁵. Le modèle de laïcité mis en place en France, et en particulier ses différentes mutations depuis la loi de 2004, est ainsi à mi-chemin entre ces deux visions de la laïcité – cadre du Juste ou vision du Bien – qui cohabitent sans que l'une ou l'autre ne s'impose réellement, faisant ainsi du modèle français un parfait exemple du malaise dans la neutralité – celui de distinction entre le Juste et le Bien. Neutralité-séparation et neutralité-méfiance coexistent donc, mais un troisième modèle s'ajoute également en raison du renouveau de la neutralité : la neutralité-reconnaissance ou neutralité-soutien¹²⁹⁶.

¹²⁹⁵ J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, op. cit., p. 116.

¹²⁹⁶ Voir *infra*, § 570 et s.

CONCLUSION DU TITRE

404. Deux modèles se dessinent dans la mise en œuvre du principe de neutralité de l'État : le modèle libéral et le modèle républicain. Dans ces deux modèles, le principe de neutralité ne correspond pas totalement à la théorisation du concept. L'objet de la neutralité est multiple : il dépasse la sphère du « Bien », car la neutralité implique la non-discrimination, qui démultiplie son objet au-delà de la sphère des croyances. La mise en œuvre de la neutralité, dans chacun de ces modèles, révèle les difficultés de ce que les théoriciens nomment la distinction entre le Juste et le Bien. En effet, il apparaît, tant dans le modèle libéral que dans le modèle républicain, qu'il y a des sujets sur lesquels l'État n'est pas neutre, et ne peut l'être, sans pour autant que ceux-ci soient assimilables au Juste, car ils relèvent de la sphère privée.

405. Le modèle républicain présente une ambiguïté particulière dans sa mise en œuvre française. La neutralité est alors double ; elle est celle de l'État par rapport aux individus, mais elle est aussi envisagée dans le sens d'une *neutralisation* des identités issue de la méfiance historique envers les religions prosélytes. En cela, le modèle républicain est moins protecteur de la liberté individuelle. Toutefois, là encore, toute la difficulté de la neutralité est celle relative à son objectif : les différentes évolutions législatives et jurisprudentielles peuvent indiquer aussi bien une forme de neutralité-religion civile qu'une forme de neutralité-lutte contre le séparatisme, qui serait compatible, parce qu'elle vise à préserver le Juste, avec l'idéal de neutralité.

CONCLUSION DE LA PARTIE

406. Le concept de neutralité de l'État n'est pas un concept parfaitement délimité. Dans sa théorie, il est appréhendé par la difficile distinction entre le Juste et le Bien, qui présente de nombreuses difficultés. Ce sont principalement ces difficultés qui ont été à l'origine des premières critiques de la neutralité, les critiques communautarienne et perfectionniste. Toutefois, ni la pensée libérale ni la pensée républicaine ne remettent en cause l'idée du primat du Juste sur le Bien, c'est-à-dire l'idée que l'État n'est pas légitime à intervenir dans la sphère du Bien.

407. Dans la pratique des États libéraux, le principe de neutralité apparaît progressivement dès l'avènement de l'État moderne, dans une acception passive et une portée étroite. Les États étant en constante évolution, le concept de neutralité est en lui-même mouvant : ainsi son objet s'est peu à peu étendu et son cadre progressivement tracé à mesure que l'État moderne se sécularisait. Les frontières entre le Juste et le Bien ne cessent d'évoluer. Le caractère évolutif de la neutralité est d'autant plus visible à l'époque contemporaine que les considérations actuelles relatives à l'identité et aux différences ont opéré un important renouveau du débat autour de la neutralité, tant chez les théoriciens que dans la pratique des États libéraux.

PARTIE II. LE RENOUVEAU DE LA QUESTION DE LA NEUTRALITE : DE LA NEUTRALITE-INDIFFERENCE A LA NEUTRALITE-RECONNAISSANCE

« Il faut [...] déclarer injuste le fait que des individus et des groupes se voient dénier le statut de partenaires à part entière dans l'interaction sociale en conséquence de modèles institutionnalisés de valeurs culturelles à la construction desquels ils n'ont pas participé sur un pied d'égalité et qui déprécient leurs caractéristiques distinctives ou les caractéristiques distinctives qui leur sont attribuées. »

Nancy Fraser¹²⁹⁷

408. L'État neutre assure la coexistence pacifique d'individus adhérant à des conceptions divergentes du bien. Face à la pluralité des croyances et de modes de vie, la réponse de l'État moderne était celle d'une neutralité par *abstention* : afin de ne pas entraver la liberté et l'égalité des individus vivant sur leur territoire, l'État devait s'abstenir d'intervenir dans la sphère privée des individus. Cette thèse était défendue par la majorité des penseurs libéraux ; il était admis qu'un État incarnant une conception du bien ne serait pas légitime car il ne garantirait plus la liberté et l'égalité des citoyens dans leur recherche de la vie bonne. Dès lors, les sociétés modernes, qui se sont construites sur le primat de la liberté individuelle, ont exclu de leur structure fondamentale toute considération relative au Bien. L'État moderne ne poursuit plus la réalisation de valeurs positives, mais fait l'objet d'un encadrement juridique formel. Pour permettre cette coexistence entre différentes croyances – et différents individus – la structure fondamentale de l'État, qui met en œuvre la neutralité, est encadrée par des méta-

¹²⁹⁷ N. FRASER, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du MAUSS*, 2004, vol. 23, n° 1, p. 158.

valeurs : les valeurs du Juste. Le principe de neutralité de l'État prenant sa source dans la tolérance civile théorisée en premier lieu par J. Locke, sa raison d'être est avant tout un objectif de *paix*. Il s'agit, pour l'État moderne, d'assurer la *cohésion* et la *coexistence* d'individus aux croyances distinctes. L'idée est celle d'une non-intervention de l'État afin de préserver la liberté de choix des individus. L'exigence de retrait de l'État s'est ensuite progressivement étendue, parfois de manière implicite, à différents domaines tels que la morale, la sexualité, l'ethnie, etc. La neutralité par abstention s'est caractérisée par le retrait et l'indifférence de l'État quant aux différentes composantes de la sphère privée. Tant pour les théoriciens que pour les politiciens et les grandes figures historiques de l'État moderne, cette absence de prise en compte par l'État de caractéristiques des individus était appréhendée non seulement comme une victoire, mais aussi comme le seul moyen d'assurer effectivement la liberté et l'égalité. Par exemple, le mouvement des droits civiques aux États-Unis, mené par Martin Luther King, avait vu comme une victoire le principe de la *colorblindness* de la Constitution. L'universalisme abstrait assurant la neutralité de l'État, l'égalité et la liberté des individus étaient garanties.

409. En raison de la mondialisation et des flux migratoires, le constat empirique à l'origine du besoin de neutralité de l'État – celui de l'hétérogénéité des croyances et des modes de vie – est plus que jamais d'actualité. Le défi des États contemporains est ainsi d'assurer une cohésion entre des individus aux croyances différentes et parfois inconciliables. Toutefois, si la question, dans les États contemporains, est la même que celle qui se posait à l'aube de l'État moderne – celle de la coexistence pacifique – les réponses philosophiques, sociétales et juridiques ont profondément évolué. L'importance accrue de la notion d'identité, dans le contexte de pluralisme moral et culturel¹²⁹⁸, et les demandes de revendications minoritaires issues de la société civile quant à la reconnaissance de leurs identités particulières, ont invité à un renouveau de la réflexion relative à la neutralité de l'État. Tant sur le plan de la philosophie politique que sur celui du droit constitutionnel, ce renouveau invite à prendre acte des transformations profondes des démocraties libérales. En effet, à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, des critiques sont apparues concernant la manière dont la structure de base assure *effectivement* la liberté des croyances et des modes de vie. La neutralité-indifférence est désormais remise en cause, car l'universalisme abstrait de l'État moderne correspond dans la réalité à une neutralité *biaisée*. C'est ainsi dans le contexte contemporain du débat sur les paradoxes de l'universel¹²⁹⁹ que sont réapparues des critiques du principe de neutralité de l'État.

¹²⁹⁸ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit.

¹²⁹⁹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit.

L'universel, qui tend à la neutralité, est remis en cause en raison du fait qu'il s'incarne dans des figures historiques qui représentent le groupe dominant. Dès lors, les fondements de l'universel sont largement dénoncés par toute une série d'études sur la relecture du droit et des sciences humaines et sociales du point de vue des minorités. Cette relecture de la neutralité de l'État et de l'universalisme abstrait sous le prisme du couple majorité/minorités a mis en lumière l'insuffisance de la non-intervention de l'État dans la garantie de l'égale liberté des individus. La neutralité *passive* n'assurerait pas – ou pas suffisamment – l'égalité entre les individus dans la recherche de la vie bonne. Ce renouveau des réflexions autour de la neutralité a mis en lumière une dimension majeure du principe de neutralité : celui-ci doit assurer l'*égalité* entre les individus dans la recherche de la vie bonne. Or, le retrait de l'État de la sphère du Bien serait insuffisant pour l'assurer, de sorte que les situations d'inégalités dénoncées à l'époque contemporaine ont mis en évidence la principale faille du libéralisme politique. La neutralité s'incarne dans l'*ethos* majoritaire, ne permettant pas alors suffisamment l'égalité entre les individus dans la recherche de la vie bonne.

410. Le principe de neutralité de l'État a donc été, une nouvelle fois, fortement décrié. Sous l'impulsion de ces critiques et de demandes issues de la société civile, le principe de neutralité a profondément muté à l'époque contemporaine. En effet, s'il repose classiquement sur la séparation et la distinction entre le Juste et le Bien, cette distinction est fortement remise en cause par les critiques contemporaines de la neutralité en tant que le caractère biaisé du cadre du Juste a pour conséquence de ne pas permettre l'égalité et la liberté des individus dans la poursuite du Bien. La neutralité en elle-même, en tant que principe d'organisation de l'État, est remise en cause. Il est désormais commun de remarquer que la neutralité correspond à l'homme blanc, propriétaire, en bonne santé et hétérosexuel. La neutralité serait, *in fine*, une *domination* de la majorité sur les minorités. Si cette critique est devenue classique, elle revêt un intérêt qui est celui de l'adaptation et de la pérennité de la neutralité en dépit de cette critique. Les critiques contemporaines remettent en question l'idéal de démocratie libérale et ses fondements. Elles sont ainsi liées à l'adaptation des régimes libéraux aux problématiques relatives à la différence menant en quelque sorte à une « révision » du libéralisme politique¹³⁰⁰.

411. L'élément d'égalité est ainsi *au cœur* des critiques contemporaines du principe de neutralité de l'État. Celles-ci dénoncent l'insuffisance de l'élément de non-intervention relatif à la neutralité, qui, seul, ne permet pas d'assurer l'égalité réelle des individus dans la recherche

¹³⁰⁰ Ce dernier étant compris comme englobant le républicanisme moderne.

de la vie bonne. En mettant en lumière l'importance de l'élément d'égalité pour la mise en œuvre effective du principe de neutralité de l'État, les critiques contemporaines de la neutralité – et plus généralement du libéralisme politique – ont dévoilé l'importance de la prise en compte de la neutralité des *conséquences* pour se rapprocher de l'idéal de neutralité. En effet, si certaines de ces critiques se situent en dehors du socle libéral, la majorité de celles-ci ne remet pas en cause la nécessité pour l'État d'être neutre, mais remet en cause la *mise en œuvre* moderne du principe de neutralité. La philosophie de la reconnaissance, qui se présente comme un modèle alternatif à la neutralité libérale, représente une remise en cause partielle de la neutralité – en tant qu'elle ne remet en cause que sa mise en œuvre – mais aussi, et surtout, un *approfondissement* de l'idéal de neutralité (**Titre 1**).

412. Le renouveau relatif au principe de neutralité de l'État n'est pas resté dans le seul domaine de la philosophie politique. Dans la majorité des États libéraux, des revendications de la part de minorités quant à la nécessité d'une reconnaissance de leur identité particulière a profondément modifié l'appréhension du principe de neutralité dans les États contemporains. Le droit s'est saisi des mouvements sociaux et des théories politiques, et la neutralité a ainsi fait l'objet d'une profonde mutation visant à approfondir l'élément égalitaire et à remettre en cause l'élément de non-intervention. La confrontation de la théorie de la neutralité et de sa mise en œuvre met en évidence le caractère *évolutif* du principe de neutralité de l'État. Les mutations du principe de neutralité, notamment l'apparition d'une mise en œuvre active de la neutralité visant à se rapprocher de cet idéal, ainsi que la mutation de l'objet de la neutralité, ne signifient pas que la neutralité évolue vers le relativisme culturel : au contraire, malgré ses récentes mutations, la pérennité du cadre du Juste, en dépit de ses reconfigurations, témoigne de l'impossibilité d'atteindre la neutralité totale, mais surtout, de la volonté politique de ne pas l'atteindre, tout en essayant de s'en rapprocher dans la mesure du *raisonnable* afin d'assurer la coexistence pacifique des identités particulières (**Titre 2**).

Titre 1. Les critiques contemporaines de la neutralité par abstention

« En réfléchissant à ma propre idée de l'identité, je me suis rendu compte qu'elle a toujours reposé sur le fait d'être un *migrant*, qu'elle a toujours reposé sur ce qui me rendait différent de vous. »

Stuart Hall¹³⁰¹

413. Le principe de neutralité de l'État comprend deux dimensions : une dimension de *retrait* et une dimension d'*égalité*¹³⁰². La dimension de retrait implique pour l'État neutre de *s'abstenir d'agir dans le domaine de la vie bonne*. Cette dimension de retrait – dimension *passive* – correspond à la manière dont les premiers penseurs de la neutralité l'ont envisagée, conformément à la pensée libérale d'un État minimal. Selon cette acception de la neutralité, l'interventionnisme étatique est difficilement conciliable avec l'idéal de neutralité : seul un État minimal pourrait être neutre. Le principe de neutralité comprend également une dimension égalitariste, car l'égalité correspond à l'objectif de la neutralité de l'État. L'égalité fait partie des méta-valeurs sur lesquelles repose l'idéal de neutralité : il est impossible de penser la neutralité sans se référer, d'une manière ou d'une autre, à l'égalité. En effet, c'est pour préserver et garantir l'égalité que le gouvernement doit être neutre. Ces deux dimensions du principe de neutralité n'ont pas revêtu la même importance depuis l'avènement de l'État moderne. Historiquement, la dimension de retrait était centrale dans le libéralisme politique et l'idéal de neutralité, lorsque la dimension d'égalité – à l'origine – était presque inexistante¹³⁰³. En effet, dans la pensée de J. Locke, la neutralité ne répondait pas à un idéal d'égalité, mais à un objectif de paix nécessitant le retrait de l'État. Avec l'évolution de l'État moderne, la dimension de retrait s'est complétée, dans les soubassements du principe de neutralité, par un idéal d'égalité, dont l'importance s'est accrue jusqu'à devenir central aujourd'hui.

¹³⁰¹ S. HALL, *Identités et cultures. 2, Politiques des différences*, Paris, Amsterdam, 2013, p. 19.

¹³⁰² A. ZELLENTIN, *Liberal neutrality*, *op. cit.* ; A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », art. cit.

¹³⁰³ F. GAGNON, « Tolérance, pluralisme et neutralité », in P. DUMOUCHEL (dir.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthikè », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1998, p. 137.

414. Ces deux dimensions du principe de neutralité de l'État sont relatives à sa mise en œuvre. Or, la mise en œuvre passive de la neutralité fut vivement critiquée à partir de la fin du XX^e siècle en raison de son incapacité et de son insuffisance à assurer *l'égalité* dans la recherche de la vie bonne. De nombreuses études interdisciplinaires relatives aux minorités, comme les *Cultural Legal Studies*, les *Postcolonial Studies* ou encore les *Gender Studies*, ont proposé une relecture de différentes disciplines – en particulier l'histoire, le droit, la sociologie – du point de vue des minorités. Dans le domaine du droit et de la science politique, ces études ont *déconstruit* la neutralité libérale, en mettant en évidence le fait que celle-ci exclut toute une partie de la population de sa structure de base « neutre ». Les principes constitutionnels et les grandes politiques publiques ne seraient que le reflet de l'*ethos majoritaire* : le « neutre » exclurait donc, dans ses fondements, les femmes, les minorités sexuelles, les minorités linguistiques, ethniques, les autochtones, ou encore les minorités religieuses. En raison de l'exclusion originelle de ces groupes du cadre de l'universalisme abstrait, l'absence d'intervention de l'État pour remédier à ces injustices passées aurait pour conséquence l'oppression et la domination des minorités par la majorité blanche, masculine, bourgeoise, et hétérosexuelle. L'élément de retrait ferait alors de l'État le *responsable* des rapports de domination en raison de l'absence de prise en compte des différences.

415. Les critiques contemporaines de la neutralité sont centrées autour du couple majorité/minorités, car elles ont précisément vocation à montrer l'oppression subie par les minorités en raison du fait que la neutralité libérale est en réalité un instrument de domination de la majorité ethnoculturelle et sociale. Pour d'autres, la neutralité ne serait rien d'autre qu'un *impérialisme*, parce que l'histoire de la Modernité elle-même ne correspondrait qu'à l'histoire d'un colonialisme destructeur des identités. Les critiques contemporaines montrent l'insuffisance des droits civils et politiques comme cadre du Juste en raison d'injustices passées. Elles ont ainsi pour raison d'être des considérations de justice. Or, la dénonciation de ces injustices correspond à la dénonciation du cadre non-neutre de la neutralité, non-neutre en tant qu'il ne permet pas la coexistence ou simplement l'existence de certaines conceptions du bien pourtant raisonnables.

416. Ainsi, la question des différences et des revendications minoritaires permet de mettre en évidence les limites de la neutralité. Ces revendications montrent que la neutralité, telle qu'elle a été appliquée par la plupart des États, ne permet pas l'égalité des individus dans la poursuite des conceptions du bien. Certaines conceptions du bien seraient donc favorisées au détriment d'autres, et les différentes minorités – ethniques, religieuses, linguistiques, sexuelles,

etc. – ne seraient pas en mesure de poursuivre leurs modes de vies et croyances aussi librement que la majorité. En effet, ce que tendent à montrer ces critiques est l'*insuffisance* de cette neutralité par abstention, et l'idée que, pour un plus grand respect de la liberté, la structure de base de l'État doit au contraire *prendre en compte* les croyances et modes de vies des minorités. Ainsi, à rebours d'une neutralité plus que jamais nécessaire, se sont affirmées des revendications de la part de minorités, demandant la reconnaissance officielle de leur identité particulière, qui ne serait pas incluse dans la prétendue neutralité de l'État. La lutte pour la reconnaissance des différences, qui est au cœur de la critique contemporaine de la neutralité, prend ainsi le pas sur la lutte pour la redistribution¹³⁰⁴.

417. Les différents assauts portés au libéralisme de la neutralité sont le fait de courants variés. La critique du caractère biaisé de la neutralité a été formulée du point de vue des femmes¹³⁰⁵, des minorités religieuses¹³⁰⁶, des minorités « raciales »¹³⁰⁷, des autochtones¹³⁰⁸, ou encore des colonisés¹³⁰⁹. Dans leur globalité, ces critiques dénoncent l'assimilationnisme, inhérent à la neutralité libérale, et l'uniformité culturelle, religieuse et sociale qui résulte de la mise en œuvre de la neutralité par abstention. Ainsi, elles se recoupent sur un point fondamental pour l'étude de la neutralité : elles ont vocation à dénoncer le caractère non-neutre du principe de neutralité, avançant que la neutralité correspondrait, en réalité, à l'*ethos majoritaire*, et que, par conséquent, la neutralité de l'État aurait pour effet l'oppression des minorités par la majorité. Par la critique des injustices résultant de la non-intervention de l'État, ces critiques contemporaines de la neutralité ont mis en lumière l'importance fondamentale de l'élément d'égalité dans la neutralité, et ont remis en cause l'élément de non-intervention (**Chapitre 1**).

418. L'idée de neutralité est donc de plus en plus critiquée et se heurte à la proposition d'un modèle multiculturel, plus à même – selon ses tenants – de garantir la liberté individuelle. Il y a donc eu un renouveau sur la question de la neutralité : les demandes de reconnaissance et de droit à la différence s'affirment et se multiplient, en s'appuyant sur le fait que la neutralité

¹³⁰⁴ N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte-poche, Paris, La Découverte, 2011.

¹³⁰⁵ C.A. MACKINNON, *Le féminisme irréductible : discours sur la vie et la loi*, coll. « Grands classiques du féminisme américain », Paris, Des Femmes-Antoinette Fouque, 2020 ; S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2008 ; I.M. YOUNG, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

¹³⁰⁶ B.C. PAREKH, *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

¹³⁰⁷ D. BELL, *Race, racism and american law*, Boston ; Toronto, Little Brown, 1973.

¹³⁰⁸ J. TULLY, *Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity*, The John Robert Seeley lectures, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1995.

¹³⁰⁹ D. CHAKRABARTY, O. RUCHET et N. VIEILLESCHAZES, *Provincialiser l'Europe : la pensée postcoloniale et la différence historique*, Paris, Amsterdam, 2009.

de l'État ne permet pas d'assurer de manière effective une liberté égale pour tous. Il y a ainsi une opposition entre deux modèles distincts : le modèle de l'État neutre, qui ne reconnaît pas d'identités particulières, car il est supposé « aveugle » aux différences, et le modèle de l'État multiculturel, qui reconnaît des groupes et des identités. Or, si la reconnaissance des différences va *à l'encontre* de la logique universaliste qui s'est imposée dans la plupart des États occidentaux dès les débuts de la Modernité, la nécessité pour l'État de ne pas incarner d'idéologie particulière est toujours bien présente en raison du pluralisme croissant des sociétés contemporaines. Les critiques de l'universalisme renvoient au rôle de l'État dans la construction des identités, opprimées par l'*ethos* majoritaire, et ont mis en évidence une dimension très contemporaine de la neutralité : la neutralité des conséquences, et en particulier, la neutralité comme égalité d'opportunités. À travers les critiques de l'universalisme, c'est en effet la mise en œuvre passive du principe de neutralité qui est remise en question. À ces insuffisances, a répondu la nécessité d'inclure une dimension active dans la neutralité, qui s'incarne dans la neutralité des conséquences. La relecture de la neutralité par différents courants de pensée a mis en évidence la nécessité de corriger la neutralité passive, afin que son cadre prenne en compte les laissés-pour-compte de l'universalisme abstrait (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'insuffisance de la neutralité par abstention

« Et si l'État lie au nom de la nation, une certaine vision de la nation, nous voyons qu'il délie aussi, qu'il passe par-dessus bord, qu'il expulse, qu'il bannit. »

Judith Butler¹³¹⁰

419. Les critiques postmodernes du libéralisme s'attachent à démontrer que les normes, apparemment neutres et universelles, auraient pour conséquence de favoriser un pan de la population au détriment de l'autre. Si ces critiques sont parfois radicales, en tant qu'elles sortent du cadre libéral¹³¹¹, elles ont eu l'intérêt majeur d'avoir mis en lumière un fait désormais largement accepté – comme en témoigne l'ouverture des politiques occidentales vers la neutralité des conséquences¹³¹² – qui est que le principe de neutralité libérale au sens d'« indifférence aux différences » n'est en réalité pas neutre à l'égard d'un certain nombre de groupes, car il reflète l'identité du groupe majoritaire. Or, cet avantage souvent implicite donné au groupe majoritaire implique, pour reprendre les mots de W. Kymlicka, « toute une série de charges, de barrières, de stigmatisations et d'exclusions »¹³¹³ pour les groupes minoritaires que les droits civils et politiques ne sont pas en mesure de compenser. La structure de base de l'État serait la représentation du groupe ethnoculturel et socioculturel majoritaire, car le contrat social à l'origine de l'établissement des sociétés n'a pas été approuvé par l'ensemble de la population,

¹³¹⁰ J. BUTLER et G.C. SPIVAK, *L'État global*, Paris, Payot, 2007, p. 14.

¹³¹¹ Pour W. Kymlicka, des auteurs comme J. Butler appartiennent à un courant défendant « une forme radicale de la pluralisation de la citoyenneté ». Leur position est qualifiée de « postlibéral, postmoderne, postcolonial » ; ils sont plus radicaux car ils ne cherchent pas « à contenir les différences par le moyen des principes de la justice libérale ». Ainsi, dans leur perspective, « la justice elle-même n'est qu'une norme culturelle parmi un très grand nombre de normes possibles qui, dans la société multiculturelle, doivent toutes être politisées et contestées » (W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », in *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 166). Par ailleurs, des théories comme celle de J. Tully sortent également du cadre libéral (P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., Chap. 2).

¹³¹² Voir *infra*, § 564 et s.

¹³¹³ W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., p. 159.

mais par le groupe dominant. De nombreuses franges de la population ont ainsi été exclues du contrat social, c'est-à-dire de la mise en place de la structure de base de l'État. La mise en place d'institutions « neutres » et d'une démocratie « procédurale » est alors faussée. Ces critiques dénoncent donc, en général, l'universalisme abstrait, et plus globalement la modernité. L'idée selon laquelle l'universalisme abstrait permet d'aboutir à l'idéal d'égalité entre les individus est remise en cause. Or, la neutralité est, a priori, indétachable de l'universalisme : l'universel est pensé comme neutre, car les méta-valeurs universelles représentent le Juste et donc le cadre de la neutralité, et sont censées permettre l'égalité et la liberté de tous les individus.

420. Il ne s'agit pas de revenir sur le débat déjà bien traité des droits de l'Homme, et de l'opposition entre « ceux qui considèrent le discours universaliste sur les droits de l'homme comme l'alibi d'un impérialisme culturel occidental et ceux qui, à l'inverse, voient dans l'invocation de la diversité culturelle un prétexte pour refuser de respecter les droits fondamentaux de l'être humain »¹³¹⁴, mais d'utiliser ces critiques pour mettre en lumière les failles de la neutralité par abstention, et surtout de montrer que l'égalité a pris le dessus sur la non-intervention comme élément principal du principe de neutralité. Ces critiques, même si elles sont bien sûr contestées et contestables, montrent que le cadre du Juste ne permet pas, en réalité, à certains individus ou groupes d'individus de poursuivre leur conception du bien. Elles montrent les failles de la neutralité par abstention, et plus précisément elles tendent à démontrer que la neutralité s'incarne dans l'*ethos majoritaire*, et que, par conséquent, la neutralité n'est que celle de la majorité.

421. Ces failles sont issues des exclusions originelles du Juste et témoignent ainsi de l'inadaptation de l'élément de non-intervention du principe de neutralité de l'État, en particulier dans sa dimension *culturelle* (**Section 1**).

422. Par ailleurs, les critiques témoignent de l'insuffisance de l'élément d'égalité dans la mise en œuvre du principe de neutralité. Dans la conception contemporaine, l'État ne peut être neutre s'il n'assure pas l'égalité réelle des individus dans la recherche de la vie bonne (**Section 2**).

¹³¹⁴ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 10.

SECTION 1. L'INADAPTATION DE L'ÉLÉMENT DE NON-INTERVENTION À LA NEUTRALITÉ CULTURELLE

423. La neutralité par abstention était la solution aux conflits d'origine religieuse. Toutefois, l'extension du principe de neutralité à la culture n'a pas été atteinte par la neutralité-indifférence. Les critiques contemporaines – et notamment la critique postcoloniale – ont montré qu'en raison des exclusions originelles de différents groupes du cadre du Juste (§1), la neutralité-indifférence s'incarne en réalité dans l'*ethos* majoritaire (§2).

§1. Les failles originelles de la neutralité : l'imposition d'une vision du Juste

424. La neutralité comme principe institutionnel de l'État relève d'un *choix* : elle est, en elle-même, une idéologie reposant sur une vision du Bien. Ce constat n'est pas nouveau, et est parfaitement compatible avec le principe de neutralité, ainsi que l'ont démontré plusieurs théoriciens – comme C. Larmore – en expliquant que le principe de neutralité nécessitait la priorité morale du Juste sur le Bien, mais non nécessairement la priorité épistémologique¹³¹⁵. Toutefois, ainsi que l'ont souligné un certain nombre de critiques contemporaines de l'universalisme abstrait, le neutre repose sur une vision du Bien particulière, qui se répercutera sur la mise en œuvre contemporaine de la neutralité et les failles qui en découleront. La critique postcoloniale a montré que la neutralité, et les valeurs libérales sur lesquelles elle repose, a été imposée dans une grande partie du monde au mépris des sociétés non-libérales. Le cadre du Juste, qui limite les conceptions du bien, a ainsi été *imposé* à de nombreuses nations et groupes, via le processus de colonisation. La « mission civilisatrice de l'Occident » traduit cette idéologie du Bien qui a justifié l'imposition du cadre du Juste et de la société ouverte dans une grande partie du monde. Parallèlement, et conséquemment à l'idéologie de la mission civilisatrice, de nombreux pans de population – et notamment les autochtones et les colonisés – n'ont pas été inclus dans le cadre du Juste, et ont été écartés de la citoyenneté, étant par-là exclus de la sphère de la neutralité. Ainsi, la neutralité culturelle est largement biaisée par le

¹³¹⁵ Voir *supra*, § 137 et s.

processus de colonisation qui a imposé le cadre du Juste (I), tout en excluant de nombreux groupes de la sphère d'application de la neutralité (II).

I. L'imposition du cadre du Juste au-delà du monde occidental par la colonisation

425. La théorie postcoloniale, qui a d'abord émergé aux États-Unis¹³¹⁶, se présente comme « une forme alternative de savoir sur la modernité »¹³¹⁷. Elle défend la thèse selon laquelle l'universalisme des droits de l'Homme était indétachable de la colonisation : la Modernité est, elle-même, la « colonialité » c'est-à-dire que l'histoire de la Modernité correspond à celle de la « colonialité ». Cette critique regroupe de nombreux courants de pensée, plus ou moins radicaux. De manière générale, relativement à la neutralité de l'État, la critique postcoloniale démontre, par une relecture du droit et de l'histoire notamment, que le socle de la neutralité a été imposé et justifié par la foi dans le progrès et la civilisation, et dans la société ouverte. Ces critiques montrent en particulier que la Modernité est *intrinsèquement coloniale*. Elles critiquent l'eurocentrisme du colonialisme et le fait que la colonisation, et même la décolonisation, « cherche[nt] à réduire au silence et à délégitimer ou diaboliser la vision du monde et les pratiques de celles et ceux qui ont été physiquement écrasés et/ou asservis, au nom d'une rationalité universelle »¹³¹⁸. Toutefois, la pensée postcoloniale « n'est pas une pensée anti-européenne » : elle « est au contraire fille de la rencontre entre l'Europe et les mondes dont elle fit autrefois ses lointaines possessions »¹³¹⁹. L'école postcoloniale est issue de différents pays, en particulier les États-Unis, l'Inde¹³²⁰, l'Afrique¹³²¹, la Grande-Bretagne et

¹³¹⁶ L'ouvrage de référence des *postcolonial studies*, considéré comme le livre fondateur, est *L'Orientalisme* d'E. Said, publié en 1978. L'auteur y développe la manière dont « [l']Orient [fut] créé par l'Occident » (E.W. SAID *et al.*, *L'orientalisme : l'Orient créé par l'Occident*, coll. « Points », n° 710, Paris, Éd. Points, 2013). Avec les travaux d'E. Said, la théorie postcoloniale « est comprise cette fois-ci comme une forme alternative de savoir sur la modernité et une discipline académique à part entière » (A. MBEMBE *et al.*, « Qu'est-ce que la pensée postcoloniale ? », *Esprit*, 2006, n° 12, p. 123).

¹³¹⁷ A. MBEMBE *et al.*, « Qu'est-ce que la pensée postcoloniale ? », art. cit., p. 123.

¹³¹⁸ Z. ALI et S. DAYAN-HERZBRUN, « Présentation », *Tumultes*, 2017, vol. 48, n° 1, p. 5.

¹³¹⁹ A. MBEMBE *et al.*, « Qu'est-ce que la pensée postcoloniale ? », art. cit., p. 131.

¹³²⁰ A. NANDY, *The intimate enemy: loss and recovery of self under colonialism*, Delhi, Oxford, 1983 ; G.C. SPIVAK, *A critique of postcolonial reason: toward a history of the vanishing present*, Calcutta, Seagull Books, 1999 ; H.K. BHABHA, *The location of culture*, London ; New York, Routledge, 1994.

¹³²¹ Voir, en particulier, l'important ouvrage de V.-Y. Mudimbe récemment traduit en français, trente-trois ans après sa parution : V.Y. MUDIMBE, *L'invention de l'Afrique : gnose, philosophie et ordre de la connaissance*, coll. « Histoire, politique, société », Paris, Présence Africaine Éditions, 2021. Voir aussi : A. MBEMBE, *De la postcolonie : essai sur l'imagination politique dans l'Afrique contemporaine*, coll. « Les Afriques », Paris, Karthala, 2000.

l'Australie. Le couple Modernité/colonialité a également fait l'objet de critiques latino-américaines, notamment par E. Dussel¹³²².

426. Les *Postcolonial studies*¹³²³ recouvrent un vaste champ d'étude dans plusieurs pays¹³²⁴ et regroupent des courants hétérogènes¹³²⁵. Ce n'est pas le lieu ici d'en faire la synthèse, mais de prendre le prisme commun de ces études – la dénonciation du caractère intrinsèquement coloniale de la modernité – et d'en tirer les conséquences relatives à la neutralité. Les études postcoloniales peuvent être rattachées à la critique de la neutralité en tant qu'elles analysent l'imposition d'une vision du Bien par les colons aux colonisés. Elles démontrent alors « que la privatisation de l'universel a pour conséquence l'exclusion de l'Autre colonisé »¹³²⁶, et critiquent la *domination* des colonisés par les colons, qui repose sur une vision du monde et des jugements de valeur : l'ensemble des représentations du monde moderne, des sciences humaines aux sciences de la nature, repose sur des conceptions et des inventions occidentales, et sur la valorisation de cet héritage gréco-latin. Parce qu'elles s'attachent à démontrer que l'imposition de la civilisation occidentale est au cœur du projet colonial, elles correspondent à une critique de la neutralité libérale et du cadre du Juste, qui a été au service de l'imposition d'une culture et d'une idéologie du Bien. Les *Subaltern Studies*, qui se rattachent aux *Postcolonial Studies*, bien qu'elles représentent un courant distinct¹³²⁷, s'inscrivent également dans la critique de l'absence de neutralité culturelle en s'intéressant à l'écriture de l'histoire par la majorité dominante, avec la volonté de réécrire cette histoire afin d'exposer la vision « par

¹³²² F.H. LOPEZ, « Universalisme ou pluriversalisme ? », *Tumultes*, juin 2017, vol. 48, n° 1, pp. 39-50 ; F. HURTADO LOPEZ, « Pensée critique latino-américaine : de la philosophie de la libération au tournant décolonial », *Cahiers des Amériques latines*, décembre 2009, n° 62, pp. 23-35 ; I. HANEY LOPEZ, « A Nation of Minorities : Race, Ethnicity, and Reactionary Colorblindness », *Stanford Law Review*, 2006, vol. 59, n° 4, pp. 985-1063 ; C. BOURGUIGNON et P. COLIN, « De l'universel au pluriversel. Enjeux et défis du paradigme décolonial », *Raison présente*, 2016, n° 3, pp. 99-108 ; R. GROSFUGUEL, « Vers une décolonisation des "uni-versalismes" occidentaux : le "pluri-versalisme décolonial", d'Aimé Césaire aux zapatistes », in A. MBEMBE et al. (dirs.), *Ruptures postcoloniales. Les nouveaux visages de la société française*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2010, pp. 119-138.

¹³²³ Les *Postcolonial Studies* regroupent une multiplicité d'œuvres. De manière non-exhaustive, voir notamment : R. YOUNG, *Postcolonialism: an historical introduction*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley Blackwell, 2016 ; A. LOOMBA, *Colonialism-postcolonialism, The new critical idiom*, London ; New York, Routledge, 1998 ; L. GANDHI, *Postcolonial theory: a critical introduction*, New York, Columbia University Press, 2018. L'essor des *Postcolonial Studies* est daté de la publication de *The Empire Writes Back : Theory and Practice in Post-Colonial Literatures* (B. ASHCROFT, G. GRIFFITHS et H. TIFFIN, *The empire writes back: theory and practice in post-colonial literatures*, New accents, London ; New York, Routledge, 1989).

¹³²⁴ V. CHATURVEDI (éd.), *Mapping subaltern studies and the postcolonial*, The mapping series, London ; New York, Verso, 2012.

¹³²⁵ Sur ce point : F. FISTETTI, *Théories du multiculturalisme : un parcours entre philosophie et sciences sociales*, coll. « Textes à l'appui », Paris, La Découverte, 2011.

¹³²⁶ N. BANCEL, « Que faire des postcolonial studies ? Vertus et déraison de l'accueil critique des postcolonial studies en France », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2012, vol. 115, n° 3, p. 136.

¹³²⁷ Les *Subaltern Studies* renvoient d'abord à la publication d'une série d'ouvrages collectifs par Oxford University Press-Dehli entre 1982 et 2000.

le bas » de la colonisation. Les *Subaltern Studies* sont un courant historiographique indien, dont le principal auteur, à l'origine du projet, R. Guja, avait pour objectif originel « d'en finir avec l'élitisme de l'historiographie colonialiste, nationaliste et marxiste, qui présentait la résistance populaire à la colonisation et l'épopée du mouvement d'indépendance comme le résultat d'un processus de mobilisation par le haut »¹³²⁸. Comme l'explique J. Pouchepadass, les *Subaltern Studies*, dont le succès a largement dépassé les frontières indiennes, se sont ensuite étendues à une critique large de l'idéologie du progrès et de la raison – s'éloignant alors de son projet originel (*early Subaltern Studies*)¹³²⁹ – et se déplaçant vers le champ culturel – rejoignant ainsi les critiques contemporaines de la neutralité. Parce qu'elle s'intéresse avant tout à « la “modernité coloniale” et ses effets d'héritage »¹³³⁰, la critique « subalterne » s'inscrit dans la critique de la neutralité comme domination. La critique subalterne a en effet évolué « vers une réflexion portée sur le projet de l'État colonial et les limites de son emprise, les élites et les contradictions dont elles sont porteuses, le discours national et ses modalités d'imposition »¹³³¹. La remise en cause de l'écriture de l'histoire s'inscrit dans la critique plus large de la neutralité coloniale, car les *Subaltern studies* critiquent l'ethnocentrisme et l'eurocentrisme de l'écriture de l'histoire. Elles s'inscrivent donc dans la remise en cause de la modernité coloniale, qui considère que l'idéologie du progrès et de la raison est avant tout un modèle culturel et non une réalité objective¹³³².

427. En France, la réception des études coloniales a été tardive : au début des années 2000, plusieurs revues ont fait paraître des numéros spéciaux relatifs au postcolonialisme¹³³³. La loi de 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés¹³³⁴, et les vives tensions et débats qui l'ont suivie, eurent pour conséquence un succès croissant et des nombreuses publications relatives au *Postcolonial Studies*. L'œuvre de N. Bancel et P. Blanchard, si elle ne se rattache pas explicitement aux *Postcolonial*

¹³²⁸ J. POUCHEPADASS, « Les Subaltern Studies ou la critique postcoloniale de la modernité », *L'Homme*, janvier 2000, n° 156, p. 163.

¹³²⁹ I. MERLE, « Les Subaltern Studies: Retour sur les principes fondateurs d'un projet historiographique de l'Inde coloniale », *Genèses*, 2004, vol. 56, n° 3, p. 131. Il s'agissait, à l'origine du projet des *Subaltern Studies*, de « repenser les modalités de l'écriture de l'histoire dans le contexte d'une situation coloniale ».

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 133.

¹³³¹ *Ibid.*, p. 145.

¹³³² D. CHAKRABARTY, O. RUCHET et N. VIEILLESCHAZES, *Provincialiser l'Europe*, op. cit.

¹³³³ « Faut-il être postcolonial ? », *Labyrinthe*, mai 2006, n° 24 ; « La question postcoloniale », *Hérodote*, 2006, vol. 120, n° 1.

¹³³⁴ Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

*studies*¹³³⁵, s'inscrit dans la critique du colonialisme et ses conséquences¹³³⁶. La critique postcoloniale française se distingue par le fait que le colonialisme est lié, en France, à la construction de la République d'une manière très particulière¹³³⁷, bien plus que dans les autres empires coloniaux. La critique postcoloniale française a mis en lumière le paradoxe de la « République coloniale »¹³³⁸ et les deux faces du cadre du Juste : celui des droits de l'Homme et du Citoyen, déclarés universels, mais qui furent réduits à une partie seulement de la population. La critique postcoloniale du républicanisme français, dont P. Blanchard et N. Bancel sont des auteurs importants, déconstruit le mythe républicain, et ainsi le mythe de la neutralité : la République s'est construite par la mission civilisatrice dont le but ultime était d'imposer la vision du Bien occidentale et républicaine. Par son importance dans l'histoire de la colonisation, la France représente un exemple probant de l'imposition de la neutralité libérale aux États colonisés. La mission civilisatrice a eu, en France, « une dimension inconnue, une aura inconnue chez les autres puissances coloniales »¹³³⁹. L'objet même de la « mission civilisatrice »¹³⁴⁰, qui est l'objet central de la République coloniale, est *d'imposer une uniformité culturelle*¹³⁴¹. Pour les colons, il s'agit d'étendre ce qui est considéré comme le « génie de l'Occident »¹³⁴² aux territoires extra-européens, et donc d'imposer l'idéologie de la raison, du progrès et de la science. La « mission civilisatrice » de l'Occident était ainsi justifiée par *la croyance en la supériorité de la culture française, et plus généralement européenne, sur les autres cultures*. Les droits de l'Homme sont alors envisagés de manière substantielle : le devoir moral de la République est de les étendre aux peuples non civilisés. Avec la mission

¹³³⁵ N. BANCEL, « Que faire des postcolonial studies ? », art. cit., p. 130.

¹³³⁶ P. BLANCHARD, S. LEMAIRE et N. BANCEL (éds.), *Culture impériale : les colonies au coeur de la République, 1931-1961*, coll. « Mémoires », n° 102, Paris, Autrement, 2004 ; P. BLANCHARD et N. BANCEL, *Culture post-coloniale : 1961 - 2006 ; traces et mémoires coloniales en France*, coll. « Mémoires Histoire », n° 126, Paris, Autrement, 2011 ; P. BLANCHARD, N. BANCEL et S. LEMAIRE (éds.), *La fracture coloniale : la société française au prisme de l'héritage colonial*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2005 ; N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale : essai sur une utopie*, coll. « La bibliothèque des idées », Paris, Albin Michel, 2003 ; N. BANCEL (dir.), *Ruptures postcoloniales : les nouveaux visages de la société française*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2010 ; P. BLANCHARD, N. BANCEL et T. DOMINIC (éds.), *Vers la guerre des identités ? De la fracture coloniale à la révolution ultranationale*, Paris, La Découverte, 2016 ; P. BLANCHARD (éd.), *Culture coloniale en France de la Révolution française à nos jours*, coll. « CNRS histoire », Paris, CNRS Éd., 2008.

¹³³⁷ Dans son ouvrage relatif à cette question, D. Costantini déclare que « l'histoire de la France républicaine n'est pas séparable de celle de la France coloniale » (D. COSTANTINI, *Mission civilisatrice : le rôle de l'histoire coloniale dans la construction de l'identité politique française*, coll. « Textes à l'appui / Études coloniales », Paris, La Découverte, 2008, p. 14).

¹³³⁸ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale*, op. cit.

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 74.

¹³⁴⁰ D. COSTANTINI, *Mission civilisatrice*, op. cit. Voir aussi : A.L. CONKLIN, *A mission to civilize: the republican idea of empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 2001.

¹³⁴¹ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale*, op. cit., p. 45.

¹³⁴² L. ROUGIER, *Le génie de l'Occident : essai sur la formation d'une mentalité*, Paris, Robert Laffont, 1969.

civilisatrice, « le colonialisme devient l'instrument par lequel le projet républicain peut être étendu au monde entier »¹³⁴³. Le mythe républicain s'est construit sur le colonialisme, en particulier sous la III^e République¹³⁴⁴ : la mission civilisatrice devient l'idéologie officielle de la III^e République à partir de 1875. Comme l'indique D. Costantini, le terme de « civilisation » « ne fait donc pas seulement allusion à l'existence de sociétés culturellement supérieures, mais aussi à la nécessité d'étendre progressivement leurs habitudes culturelles, morales, politiques, religieuses, scientifiques à l'ensemble du genre humain »¹³⁴⁵. Il s'agissait, avec la colonisation, d'une « réduction du divers à l'identique »¹³⁴⁶, réduisant alors considérablement les conceptions du bien qui coexisteront dans le cadre du Juste. Pour D. Costantini, la fin de l'esclavage a marqué un renversement de perspective qui a permis le début de la « mission civilisatrice », qui a *légitimé* la colonisation. Il s'agissait alors, pour les colons français, d'intervenir pour « lutter contre cette barbarie qu'est l'esclavage »¹³⁴⁷. La conquête coloniale avait alors vocation à étendre l'universel aux peuples « non civilisés »¹³⁴⁸. Il s'agissait, pour la République, d'un devoir moral, ainsi que le formulait J. Ferry :

« si nous avons le droit d'aller chez ces barbares, c'est parce que nous avons le devoir de les civiliser. [...] Il faut non pas les traiter en égaux, mais se placer au point de vue d'une race supérieure qui conquiert »¹³⁴⁹.

Les études postcoloniales relatives à la justification de la colonisation montrent le caractère non-neutre – et profondément raciste – des politiques coloniales, qui considéraient les colonisés comme des barbares à qui il s'agissait de montrer la voie vers la civilisation et le

¹³⁴³ D. COSTANTINI, *Mission civilisatrice*, op. cit., p. 67.

¹³⁴⁴ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale*, op. cit., p. 12 : « Ce retour insistant sur la République est apparu au moment où les grandes divisions politiques gauche/droite se révélaient moins fortes, où les grandes idéologies qui avaient rassemblé peuples, groupes et individus s'affaiblissaient, devenaient de moins en moins mobilisatrices. Il fallait retrouver une figure commune qui transcende les divisions culturelles et sociales. Ce ne pouvait plus être la Nation, car pour beaucoup le nationalisme s'était montré diviseur, meurtrier, dressant les peuples les uns contre les autres au nom d'une fiction de l'Unité. [...] Il fallait aussi compter avec les vagues de migration venant des pays de l'ex-empire, qui ont transformé la France en pays multiculturel. La question se posait : qu'est-ce qui allait rassembler celles et ceux qui ne voulaient pas devenir citoyens français au prix d'un renoncement à des croyances, des mythes, une histoire, un passé n'étant pas ceux des "Français de souche" [...] ? Quelle « communauté imaginée » pouvait rassembler des groupes, des individus qui n'avaient pas encore construit un « récit partagé » ? La République est apparue comme une réponse à ces questions et elle est revenue occuper le terrain politique et culturel. ».

¹³⁴⁵ D. COSTANTINI, *Mission civilisatrice*, op. cit., p. 86.

¹³⁴⁶ A. RENAUT, *Un humanisme de la diversité : essai sur la décolonisation des identités*, coll. « Bibliothèque des savoirs », Paris, Flammarion, 2009, p. 104.

¹³⁴⁷ G. MANCERON, *Marianne et les colonies : une introduction à l'histoire coloniale de la France*, coll. « La Découverte-poche », Paris, La Découverte ; Ligue des droits de l'homme, 2003, p. 92.

¹³⁴⁸ G. MANCERON, *Marianne et les colonies : une introduction à l'histoire coloniale de la France*, op. cit.

¹³⁴⁹ J. FERRY, Séance de la Chambre des députés du 27 mars 1884, JORF 1884, p. 936.

progrès. La mission civilisatrice reposait sur la foi dans les philosophies du progrès¹³⁵⁰ et du développement¹³⁵¹ : il s'agissait de *civiliser* le monde et d'émanciper les peuples enfermés dans des croyances erronées.

428. En raison de la colonisation, et de son lien irréductible avec la Modernité, le libéralisme est intrinsèquement culturel : l'ensemble des concepts sur lesquels repose la modernité est issu de la pensée *européenne* et exporté ensuite dans le reste du monde. Ainsi que le résume D. Chakrabarty dans son ouvrage central dans la critique postcoloniale, la modernité politique est issue de la pensée européenne :

« Des concepts comme ceux de citoyenneté d'État, de société civile, de sphère publique, de droits humains, d'égalité devant la loi ou d'individu, la distinction entre public et privé, l'idée de sujet, la démocratie, la souveraineté populaire, la justice sociale, la rationalité scientifique – tout cela porte le poids de la pensée et de l'histoire européennes. Sans ces concepts, qui ont trouvé leur point culminant au siècle des Lumières et au XIX^e siècle, il est tout simplement impossible de penser la modernité politique. »¹³⁵²

La neutralité de l'État, qui est *née* de la Modernité politique, est une idéologie imposée aux territoires extra-européens par le processus de colonisation. Elle est en elle-même une valeur. Cette imposition du cadre du Juste par la colonisation ne fait pas obstacle au principe de neutralité de l'État, celui-ci étant au service de l'idéologie libérale. Toutefois, le rôle de la colonisation, et les conséquences que celle-ci va avoir sur l'ensemble des peuples, pose problème du point de vue de la neutralité, en particulier parce que la Modernité politique, malgré son exportation, et donc la liberté individuelle induite par la neutralité, est restée très limitée. Le cadre du Juste est demeuré celui d'une minorité de la population. Or, ces exclusions originelles de la neutralité auront, par la suite, des répercussions sur les conséquences de la non-intervention de l'État.

¹³⁵⁰ La conception du progrès comme seule philosophie possible avait déjà été critiquée par J. G. von Herder dans son ouvrage *Une autre philosophie de l'histoire* en 1774. L'auteur y propose une critique de la vision des philosophies du progrès comme seule philosophie possible : à rebours de cette vision, il remet en cause l'idée selon laquelle ces philosophies seraient supérieures aux autres. Il est ainsi considéré comme l'un des pères fondateurs du relativisme culturel (sur cette question : C. TAYLOR, « The Importance of Herder », in *Philosophical Arguments*, Cambridge ; London, Harvard University Press, 1995, pp. 79-99).

¹³⁵¹ Sur l'histoire de cette croyance : G. RIST, *Le développement : histoire d'une croyance occidentale*, coll. « Références », Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2012.

¹³⁵² D. CHAKRABARTY, O. RUCHET et N. VIEILLESCHAZES, *Provincialiser l'Europe*, *op. cit.*, p. 33.

II. Les exclus du cadre du Juste et l'imposition d'une vision du Bien

429. Les droits civils et politiques, sur lesquels repose le principe de neutralité, concernaient à l'origine une partie de la population seulement : de nombreux groupes en étaient exclus. Il y avait donc une *absence* de neutralité de l'État quant à ces différents groupes exclus du cadre du Juste, car celui-ci a longtemps été réservé à une seule partie de la population. La philosophe J. Butler parle, en ce sens, d'« apatrides *au sein même de l'État* »¹³⁵³. Les exclusions originelles du cadre du Juste témoignent de la sphère d'application étroite du principe de neutralité de l'État jusqu'à une période récente. Le droit a explicitement servi à l'exclusion d'un certain nombre de groupes du cadre du Juste¹³⁵⁴. Ce constat de l'hypocrisie du libéralisme politique est notamment au cœur de la critique postcoloniale. L'institution de l'esclavage – par exemple aux États-Unis avec la loi de Virginie de 1662, en Grande-Bretagne avec le Code des Barbades de 1696 ou encore en France avec le Code noir de 1684 – avait évidemment ôté aux esclaves leur liberté individuelle. Mais l'abolition de l'esclavage n'a pas signifié l'inclusion des esclaves dans le cadre du Juste. Aux États-Unis, la Constitution de 1787 affirme l'égalité des individus, en excluant explicitement les Noirs. L'abolition de l'esclavage – un siècle après l'adoption de la Constitution – ne signifia pas l'égalité et la liberté pour les anciens esclaves, les Afro-américains étant exclus des droits civiques jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle par la doctrine « séparés mais égaux ». En France, si, en 1789, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen consacrait l'égalité entre les Hommes, l'Assemblée nationale précisa le 12 août 1790 que le statut des colonies et des colonisés demeurerait inchangé, témoignant de l'exclusion des colonisés du cadre des droits de l'Homme. De même, dans la Constitution de 1791, les colonies sont explicitement écartées de l'ordre constitutionnel¹³⁵⁵. L'inclusion des colonisés dans la citoyenneté concomitamment à la première abolition de l'esclavage¹³⁵⁶, et surtout l'inclusion explicite des colonies dans la République par la Constitution de 1795¹³⁵⁷ a été de courte durée : l'esclavage rétabli et le Code Noir réinstauré consacrèrent une nouvelle

¹³⁵³ J. BUTLER et G.C. SPIVAK, *L'État global*, op. cit., p. 14.

¹³⁵⁴ H. BENTOUHAMI, « Ce que le postcolonial fait au droit », in *Race, cultures, identités. Une approche féministe et postcoloniale*, coll. « Philosophies », n° 229, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, pp. 41-58.

¹³⁵⁵ L'article 8 de la Constitution du 3 septembre 1791 dispose explicitement que « [l]es colonies et possessions françaises dans l'Asie, l'Afrique et l'Amérique, quoi qu'elles fassent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution ».

¹³⁵⁶ 16 Pluviôse An II, Abolition de l'esclavage dans les colonies par la Convention sur une proposition de Levasseur ; Décret de la Convention Nationale N°2262 : « La Convention Nationale déclare que l'esclavage des Nègres dans toutes les colonies est aboli ; en conséquence, elle décrète que tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens Français et jouiront de tous les droits assurés par la constitution [...] ».

¹³⁵⁷ Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795), Article 6 : « Les colonies sont parties intégrantes de la République, et sont soumises à la même loi constitutionnelle ».

fois l'exclusion du cadre du Juste des Noirs et des esclaves. Si l'abolition de l'esclavage fut définitivement décrétée le 27 avril 1848¹³⁵⁸, elle ne correspondit pas à un élargissement du cadre de la neutralité, car elle marqua le début de la « mission civilisatrice ». La France institua alors une différence de statut entre les citoyens français et les autochtones.

430. La fin de l'esclavage a alors tracé une ligne de partage entre la République française, et « la République des indigènes »¹³⁵⁹. La pensée postcoloniale française, qui a montré la dimension profondément coloniale du républicanisme dès ses origines¹³⁶⁰, a dénoncé le « double discours colonial », et le fait que les principes républicains ne s'appliquaient pas aux colonisés. La République coloniale était profondément *inégalitaire*, et ainsi, le principe de neutralité visant l'égalité et la liberté excluait explicitement les colonisés. Le droit colonial, en entérinant des règles discriminatoires¹³⁶¹, témoigne de cette exclusion originelle. En effet, il y a une contradiction entre les principes d'unité et d'indivisibilité de la République, et l'existence de corps de règles distincts en métropole et dans les colonies — voire au sein même des colonies¹³⁶². Les « sujets » de l'Empire étaient soumis au statut de l'indigénat, dont les droits accordés étaient distincts et moindres que ceux des citoyens¹³⁶³. La critique postcoloniale, en France, vise précisément à montrer l'extrême dissension entre la prétention à la neutralité de l'universalisme républicain, et le traitement des colonies¹³⁶⁴. Dans son ouvrage *Mission civilisatrice*, D. Costantini s'attache à démontrer le « caractère irréaliste » de l'universalisme

¹³⁵⁸ Décret relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et les possessions françaises du 27 avril 1848.

¹³⁵⁹ E. SAADA, « La république des indigènes », in *Dictionnaire critique de la république*, Paris, Flammarion, 2007, pp. 364-370.

¹³⁶⁰ N. BANCEL et P. BLANCHARD, « Les origines républicaines de la fracture coloniale », in N. BANCEL, P. BLANCHARD et S. LEMAIRE (dirs.), *La fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2006 ; P. BLANCHARD et N. BANCEL, « La fondation du républicanisme colonial. Retour sur une généalogie politique », *Mouvements*, 2005, vol. 38, n° 2, p. 26.

¹³⁶¹ *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 61 et s.

¹³⁶² O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, coll. « Essais », Paris, Économica, 2004, p. 287 et s. : L'auteur analyse le différencialisme du droit français dans la législation coloniale, et distingue trois types de politiques coloniales : la politique d'assimilation, « qui consiste à appliquer aux colonies les mêmes lois qu'à la métropole », la politique d'assujettissement, la plus suivie, et qui consiste à appliquer un droit différent dans les colonies « pour exploiter les territoires conquis ou pour gérer de façon efficace les populations indigènes en réduisant leurs droits », et la politique d'autonomie, et qui « prend acte des particularismes locaux des territoires colonisés et tend à édicter une législation adéquate et à instituer des institutions appropriées à ces spécificités ».

¹³⁶³ E. SAADA, « Une nationalité par degré. Citoyenneté et civilité en situation coloniale », in S. DUFOIX et P. WEIL (dirs.), *L'Esclavage et la Colonisation, et après...*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, pp. 193-227.

¹³⁶⁴ E. SAADA, « La république des indigènes », art. cit. ; E. SAADA, « Une nationalité par degré. Citoyenneté et civilité en situation coloniale », art. cit. ; E. SAADA, *Les enfants de la colonie : les métis de l'empire français entre sujétion et citoyenneté*, coll. « L'espace de l'histoire », Paris, Découverte, 2007 ; Y. URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français, 1865-1955*, coll. « Fondation Varenne », n° 36, Paris, Fondation Varenne, 2010 ; P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, coll. « Folio Histoire », n° 134, Paris, Gallimard, 2005.

républicain¹³⁶⁵ : les principes républicains ne s'appliquaient pas dans les colonies précisément au nom de la mission civilisatrice. Pour P. Blanchard et N. Bancel, la création d'une « citoyenneté coloniale » en 1946 est la preuve du lien entre la culture et la citoyenneté, la preuve que « certains sont *plus citoyens que d'autres* »¹³⁶⁶ en raison de leur culture et de leur couleur. Tel est le paradoxe de la « République coloniale »¹³⁶⁷ dont le citoyen « peut revendiquer l'universel, tout en le limitant à l'homme blanc et à une minorité “d'hommes de couleur” via une “discrimination positive” parfaitement organisée »¹³⁶⁸. La « mission civilisatrice » et le code de l'indigénat, destiné à régir les lois différentes s'appliquant aux colonies et à l'Algérie, ont définitivement pris fin au milieu du XX^e avec la décolonisation.

431. Les « paradoxes de l'universalité »¹³⁶⁹, qui ont limité pendant près de deux siècles la sphère d'application du principe de neutralité – et ainsi la liberté et l'égalité d'une grande partie des individus – ne se sont pas limités au cas des indigènes des colonies. La question du suffrage universel, sur laquelle porte le célèbre ouvrage de P. Rosanvallon, *Le Sacre du citoyen*¹³⁷⁰, montre bien que l'universel, en France, n'a été assimilé qu'à une petite partie de la population : l'homme propriétaire. Plus généralement, dans l'ensemble des pays libéraux, l'exclusion des femmes de la citoyenneté, l'interdiction de l'homosexualité, les règles relatives aux minorités religieuses ou encore aux étrangers, représentent des moyens juridiques d'exclusion de certains individus ou groupes de droits civils et politiques, réduisant par-là leur liberté individuelle. Les exclusions *explicites* à l'universel¹³⁷¹ ne sont pas neutres : elles témoignent d'une vision très restreinte de la neutralité. En effet, par leur exclusion à la citoyenneté ou par l'application de droits distincts, de nombreuses parties de la population n'ont pas eu la possibilité de vivre en accord avec leur conception du bien du fait de leur exclusion du cadre du Juste. Le principe de neutralité était alors très partiel, car l'État n'était neutre que par rapport à une partie seulement de la population. Les mouvements critiques du libéralisme, comme les *Postcolonial Studies* ou les *Cultural legal Studies*, dénoncent ces restrictions historiques du cadre du Juste reflétant une vision du Bien, en particulier, car l'inclusion progressive des groupes autrefois dénués de droits dans le cadre des droits de l'Homme et de la

¹³⁶⁵ D. COSTANTINI, *Mission civilisatrice*, op. cit., p. 17.

¹³⁶⁶ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale*, op. cit., p. 123.

¹³⁶⁷ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale*, op. cit.

¹³⁶⁸ P. BLANCHARD et N. BANCEL, « La fondation du républicanisme colonial. Retour sur une généalogie politique », art. cit., p. 31.

¹³⁶⁹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit.

¹³⁷⁰ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, coll. « Folio Histoire », n° 100, Paris, Gallimard, 2008. Dans cet ouvrage, P. Rosanvallon retrace la lutte pour le suffrage universel à travers la figure du citoyen et ses différentes exclusions en France.

¹³⁷¹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., Chap. 2.

neutralité de l'État n'a pas suffi – en raison de la mise en œuvre passive du principe de neutralité – à pallier le fait que la neutralité s'incarne dans l'*ethos* majoritaire. Ce sont ces exclusions originelles du Juste, et la vision du Bien originelle de la modernité politique, qui ont pendant longtemps limité la neutralité à l'homme blanc, et qui ont pour conséquence que le principe de neutralité reflète toujours aujourd'hui, malgré l'alignement des droits civils et politiques de l'ensemble des individus, l'*ethos* majoritaire. Or, c'est l'incarnation de la neutralité libérale dans les figures historiques dominantes qui est aujourd'hui largement critiquée en raison de l'inadaptation de la non-intervention de l'État aux injustices passées.

§2. La neutralité de l'*ethos* majoritaire

432. L'histoire de la neutralité est celle de l'imposition de la civilisation occidentale au monde colonisé. Elle a pour conséquence que la neutralité rencontre des limites dans la culture, car elle correspond, en dernier ressort, à la culture majoritaire. Cette faille de la neutralité témoigne de l'inadaptation de l'élément de non-intervention à la neutralité culturelle : les interventions de l'État dans la sphère privée ont cessé, mais ce retrait de l'État entraîne des conséquences non-neutres. Toutefois, l'absence ou le manque de neutralité culturelle des États contemporains n'a pas les mêmes conséquences selon le caractère intentionnel ou non de l'assimilation des minorités culturelles à la majorité. Dans le modèle français, la figure du citoyen masque un manque de neutralité des intentions, car il s'agit *d'assimiler* les identités au citoyen : la neutralité est alors un *prétexte* pour *imposer* les valeurs républicaines (I). Les limites à l'extension de la neutralité à la sphère culturelle se rencontrent également dans l'héritage culturel, qui se distingue toutefois de l'assimilation en tant qu'il est une limite indépassable à la neutralité de l'État (II).

I. La figure du citoyen

433. Dans le modèle républicain, et en particulier dans le modèle français, l'idéal de neutralité s'est incarné dans la logique universaliste. La République représente une forme neutre d'organisation des pouvoirs. La logique universaliste implique pour l'État d'être aveugle aux différences : la règle de droit est supposée neutre et universelle. De fait, la neutralité *permet* l'universalité de la norme. L'universalité de la norme juridique est présentée comme la

condition de l'universalité des droits¹³⁷². Du fait de sa logique universaliste, la République ne reconnaît que des *citoyens* : elle a construit l'image d'un citoyen « neutre », dont les croyances et les modes de vie seraient relégués à la sphère privée. La neutralité « républicaine » a pour but d'*homogénéiser* la sphère publique, et appréhende donc l'individu uniquement comme citoyen, comme « partie » d'une communauté politique.

434. La neutralité républicaine est mise en œuvre de manière *passive* : l'État n'intervient pas dans la sphère du Bien, ni plus précisément dans la sphère culturelle. Il ne reconnaît pas les différentes identités et les différents groupes. La figure du citoyen est celle de la neutralité. La citoyenneté est au cœur de la neutralité républicaine :

« Devenir citoyen, c'est devenir français. Devenir français, c'est renoncer à tout ce qui différencie – langue régionale, religion, désir d'autonomie. »¹³⁷³

Le républicanisme français, et son organisation autour de la figure du citoyen¹³⁷⁴ dès ses origines¹³⁷⁵, fut l'objet de nombreuses critiques en raison de sa conception faussement neutre de la citoyenneté. L'analyse et la critique de la neutralité républicaine furent largement accentuées par la critique postcoloniale, qui a mis en lumière l'assimilation des anciens colonisés à la figure neutre du citoyen, c'est-à-dire l'imposition de la culture française et la négation de la culture des anciens colonisés et des immigrés. Dans la critique postcoloniale française, la neutralité républicaine est critiquée en ce qu'elle ne permet pas le libre choix des identités culturelles, car la République réduit considérablement le champ des identités en étouffant le pluralisme culturel par la figure du citoyen. La déconstruction du républicanisme à la française met en évidence le manque de neutralité des *intentions* dans la construction du citoyen (A) et le refus des groupes (B) qui a pour conséquence de fausser la neutralité passive.

¹³⁷² *Ibid.*, p. 11.

¹³⁷³ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale*, op. cit., p. 12.

¹³⁷⁴ J. FERRY et O. RUDELLE, *La république des citoyens*, op. cit. ; M. BORGETTO, « Citoyenneté politique et civisme en France depuis deux siècles : réflexions sur la logique et les apories du discours républicain », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Ph. Ardant*, Paris, LGDJ, 1999 ; N. LENOIR, « La République et les citoyens », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 73-100 ; F. SENERS, « La citoyenneté est le ciment de la République », *AJDA*, 2018, p. 1804 ; L. JAUME, « Le citoyen : héritage d'une idée, incertitudes du présent », in P. IGNARI et D. REYNIE (dirs.), *La vie politique. Pour Pascal Perrineau*, coll. « Académique », Paris, Presses de Sciences Po, 2021, pp. 311-324 ; J. PELABAY, « La République des "valeurs" : entre public et privé, quel lien citoyen ? », in P. PERINNEAU et L. ROUBAN (dirs.), *La démocratie de l'entre-soi*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017, pp. 119-132.

¹³⁷⁵ G. BACOT, « La citoyenneté dans la Constitution de 1793 », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2014, vol. 1, n° 37, pp. 161-170.

A) La construction du citoyen : l'imposition d'une vision du Bien

435. L'école est le lieu par excellence de la construction du citoyen. L'école de la République, mise en place à partir de la III^e République¹³⁷⁶, est volontairement patriote. Les Républicains étaient fondamentalement convaincus de l'importance de l'école et de son rôle dans la construction du citoyen¹³⁷⁷. L'école de la République a pour mission première d'enseigner « l'art d'être citoyen »¹³⁷⁸, et surtout l'art d'être un « bon citoyen »¹³⁷⁹. La mission de l'école n'est pas neutre sur le plan moral : il s'agit, en particulier avec la laïcisation de l'enseignement, de former un citoyen éclairé¹³⁸⁰, émancipé de ses appartenances religieuses et culturelles afin de séculariser la société et de suivre la voie du progrès et de la raison. L'école est alors le lieu de l'apprentissage des *valeurs* républicaines. En ce sens, les cours de religion ont été remplacés par des cours de « morale laïque »¹³⁸¹. Les programmes scolaires, en particulier dans les sciences humaines et sociales, véhiculent le récit national et la morale laïque en vue de former le « citoyen idéal ». À l'aube de la III^e République, le rôle de l'école n'est pas neutre – il vise l'uniformité de la Nation au travers de l'idéologie républicaine :

« Les lois scolaires venaient à leur heure, à la rencontre d'une évolution sociale qui s'est reconnue en elles. Dans les années 1880, la croyance dans les bienfaits de l'école n'est plus seulement le fait d'un groupe de pédagogues et de publicistes, elle a pénétré profondément ces couches sociales nouvelles qui ont fait la République. C'est un idéal populaire qui s'inscrit dans la loi. On accorde alors à l'instruction des vertus singulières. Elle affranchit de l'ignorance : *l'idéal des Lumières est devenu une croyance générale*. Mais ce faisant, elle moralise : l'acquisition des savoirs et des préceptes moraux se fait par une démarche unique. Enfin, l'instruction unifie : dans un pays anxieux, au lendemain des désastres, de son être national, elle est considérée comme un incomparable moyen d'assurer la cohésion des citoyens *par-delà les diversités régionales et les divergences idéologiques*. »¹³⁸²

¹³⁷⁶ F. MAYEUR (éd.), *Histoire générale de l'enseignement et de l'éducation en France. Tome III. De la révolution à l'école républicaine (1789 - 1930)*, coll. « Tempus », n° 70, Paris, Perrin, 2008 ; H. ORIZET, *Le service public de l'Éducation nationale sous la Troisième République*, Bibliothèque de droit public, n° 319, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2021.

¹³⁷⁷ F. LORCERIE, « La République aime l'école », *Cosmopolitiques*, novembre 2007, n° 16, pp. 107-118.

¹³⁷⁸ L. JAUME, « Le citoyen : héritage d'une idée, incertitudes du présent », art. cit., p. 322.

¹³⁷⁹ J. PELABAY, « Former le « bon citoyen » libéral », *Raisons politiques*, 2011, vol. 44, n° 4, p. 117.

¹³⁸⁰ Le rapport Stasi a rappelé que les élèves sont « destinés à devenir des citoyens éclairés » (B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, op. cit., p. 56).

¹³⁸¹ Voir *supra*, § 325 et s.

¹³⁸² F. MAYEUR (éd.), *Histoire générale de l'enseignement et de l'éducation en France. 3*, op. cit., pp. 523-524.

436. Si l'absence de neutralité morale – assumée par les Républicains – est justifiée par la nécessité de susciter une adhésion à la République et au nécessaire vivre-ensemble, la critique postcoloniale s'est attachée à la critique de la construction d'une uniformité *culturelle* du citoyen par l'école. L'absence de neutralité morale souhaitée par les républicains attachés à la « morale laïque » en vue de susciter du patriotisme, n'aurait pas seulement conduit à former un citoyen, mais à neutraliser ses attaches originelles et lui inculquer une culture. Il fut ainsi dénoncé que les programmes scolaires attachaient une moindre importance aux femmes, aux étrangers, aux minorités de manière générale, et surtout, étaient empreints de stéréotypes discriminatoires. Pour P. Blanchard et N. Bancel, c'est en particulier le discours sur la mémoire et l'histoire qui fut utilisé par la République pour *unifier culturellement* l'ensemble des citoyens, y compris les anciens colonisés et les immigrés afin de les émanciper de leurs appartenances culturelles :

« La République se construit comme blanche, mais comme elle a honte de cette caractéristique, elle propose de blanchir les colonisés pour en faire des citoyens. Et comme elle a en horreur les différences culturelles, elle ne sait pas quoi faire d'individus qui ont des croyances, des manières de vivre et de faire qui ne sont pas européennes mais métissées. Ces individus vont donc devoir passer sous les fourches caudines de la pédagogie républicaine. Leurs ancêtres sont les Gaulois, leur histoire celle des rois de France. De minorités, ils devront disparaître dans la majorité ; de visibles, on rêve de les rendre invisibles. »¹³⁸³

Parce qu'elle participe à la construction de l'identité nationale et du roman national, l'histoire-mémoire joue un rôle fondamental dans la construction du citoyen. La construction de la « mémoire républicaine » commence véritablement sous la III^e République, à partir des années 1870. Se met ainsi en place un nouveau discours sur l'histoire, et en particulier sur les usages publics de l'histoire¹³⁸⁴. Une réforme de l'enseignement de l'histoire est mise en place par E. Lavis, avec pour objectif de « fabriquer une mémoire républicaine de la nation » et de « renforcer le patriotisme »¹³⁸⁵. L'objectif de la « mémoire publique officielle » « consiste [...]

¹³⁸³ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale, op. cit.*, pp. 125-126.

¹³⁸⁴ G. NOIRIEL, « De l'histoire-mémoire aux "lois mémorielles" : Note sur les usages publics de l'histoire en France », *Études arméniennes contemporaines*, 2012, n° 15, pp. 35-49.

¹³⁸⁵ *Ibid.* : « La réforme de l'enseignement de l'histoire a pour but de faciliter la diffusion des connaissances savantes produites par les chercheurs, mais elle vise aussi à fabriquer une mémoire républicaine de la nation. Le ministère de l'Instruction publique demande aux historiens universitaires (notamment Ernest Lavis) de rédiger les nouveaux programmes et les nouveaux manuels scolaires qui sont imposés à l'ensemble des écoliers de France. Cet enseignement uniforme de l'histoire de France a pour fonction de renforcer le patriotisme. Il diffuse une vision négative des étrangers et fait l'apologie de la colonisation. ».

à influencer, voire à imposer un certain nombre de souvenirs communs à un groupe donné »¹³⁸⁶. Cet enseignement de l'histoire s'est notamment construit sur l'apologie de la « mission civilisatrice de l'Occident » et du triomphalisme colonial ou encore sur le « mythe résistancialiste », qui ont vocation à forger une « conception unitaire de la nation »¹³⁸⁷, et une uniformité culturelle. L'ensemble du programme scolaire est empreint d'un discours idéologique¹³⁸⁸. Les programmes scolaires se sont ainsi vu reprocher leur approche de la colonisation ou de l'immigration¹³⁸⁹. L'école a en effet joué un rôle central dans l'imprégnation de l'idéologie coloniale.

437. La question de l'histoire-mémoire dépasse le cadre des programmes scolaires, notamment en ce qui concerne les lois mémorielles¹³⁹⁰. *L'écriture de l'histoire*, via les lois mémorielles, contribue à la construction du citoyen et à l'élaboration d'une uniformité morale et culturelle. Les lois mémorielles sont des lois qui « au-delà des différences de leur contenu, semblent procéder d'une même volonté : “dire” l'histoire, voire la qualifier, en recourant à des concepts juridiques contemporains comme le génocide ou le crime contre l'humanité, pour, d'une manière ou d'une autre, faire œuvre de justice au travers de la reconnaissance de souffrances passées »¹³⁹¹. Avec les lois mémorielles, la République va établir une « mémoire publique officielle »¹³⁹² via une *interprétation officielle* de l'Histoire sur laquelle se fonde l'État

¹³⁸⁶ J. MICHEL, « L'évolution des politiques mémorielles : l'État et les nouveaux acteurs », *Migrations Société*, 2011, vol. 6, n° 138, pp. 59-70. L'auteur distingue le concept de « mémoire publique officielle », qui impose des « souvenirs communs à un groupe donné » sans que le groupe en question ne partage nécessairement ces souvenirs, du concept de « mémoire collective » forgé par le sociologue M. Halbwachs « qui renvoie à l'ensemble des souvenirs effectivement partagés par un groupe donné ».

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ D. MAINGUENEAU, *Les livres d'école de la République, 1870 - 1914 : discours et idéologie*, Paris, Le Sycomore, 1979.

¹³⁸⁹ S. LEMAIRE, « Colonisation et immigration : des points aveugles de l'histoire à l'école ? », in N. BANCEL, P. BLANCHARD et S. LEMAIRE (dirs.), *La fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2005, pp. 93-104.

¹³⁹⁰ Les lois mémorielles regroupent la loi du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage et en hommage aux victimes de l'esclavage, la loi Gayssot du 13 juillet 1990 portant sur l'interdiction du négationnisme, la loi du 29 janvier 2001 sur la reconnaissance du génocide arménien, la loi du 21 mai 2001 sur l'esclavage, dite loi Taubira, tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, et la loi du 23 février 2005, portant reconnaissance de la Nation et contribution en faveur des Français rapatriés. Le rapport Accoyer ajoute toutefois à cette liste la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, la loi du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie, la loi du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique de Nord » de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc » et la loi du 10 juillet 2000 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes de crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux Justes de France (B. ACCOYER, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement, au nom de la mission d'information sur les lois mémorielles*, 18 novembre 2008, p. 25 et s.).

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 34.

¹³⁹² Expression forgée par le sociologue de la mémoire M. Halbwachs (M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, coll. « Bibliothèque de L'évolution de l'humanité », n° 28, Paris, Albin Michel, 1997 ; M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, coll. « Bibliothèque de l'évolution de l'humanité », n° 8, Paris, Albin Michel, 2004).

pour construire son identité. De nombreuses polémiques ont découlé de ces lois, ainsi que des programmes scolaires relatifs à l'histoire, en tant qu'ils véhiculent une « mémoire publique officielle », qui exclut de nombreux personnages du « roman national ». En particulier, la loi du 23 février 2005¹³⁹³ officialise un « jugement de valeur » sur l'entreprise coloniale¹³⁹⁴. En effet, cette loi émettait des « directives extrêmement claires sur la manière dont doit être enseignée l'histoire coloniale »¹³⁹⁵ :

« Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit. »¹³⁹⁶

La loi de 2005, et en particulier l'article relatif aux programmes scolaires, a suscité de vives réactions. C'est dans ce contexte de tension¹³⁹⁷ que les études coloniales se sont multipliées en France. Pour les auteurs affiliés à la critique postcoloniale française, cette loi est « indéfendable et inepte », car « il est absolument contraire à l'universalité de l'humain que l'ex-colon fasse de son propre chef le bilan du passé, se décerne des bons points et décrète avoir fait du bien aux peuples à qui il a peut-être apporté écoles, chemins de fer, structures administratives, vaccins, une langue même, mais que par ailleurs il a brimés, humiliés, exploités, torturés »¹³⁹⁸. L'alinéa visé par les critiques fut finalement supprimé. Dans le même sens, plusieurs projets de musée de la colonisation ont été abandonnés pour cette raison¹³⁹⁹. L'objectif des lois mémorielles et des directives relatives aux programmes scolaires en histoire est d'« influencer, voire [d']imposer un certain nombre de souvenirs communs à un groupe donné », alors même que « [r]ien n'assure [...] que le groupe en question partage l'ensemble de ces représentations officielles »¹⁴⁰⁰. Ce fut également le cas de la loi du 29 janvier 2001 sur

¹³⁹³ Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

¹³⁹⁴ P. BLANCHARD, N. BANCEL et S. LEMAIRE (éds.), *La fracture coloniale*, op. cit., p. 17.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹³⁹⁶ Article 4, alinéa 2, supprimé.

¹³⁹⁷ La loi a déclenché une grande polémique en France, qui a dépassé le milieu des seuls historiens. Plusieurs pétitions ont été signées, notamment celle publiée dans *Le Monde* le 25 mars 2005 (« Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle »), et celle publiée dans *Libération* le 13 décembre 2005 (« Liberté pour l'histoire »), dans lesquelles les signataires demandent l'abrogation de la loi et dénoncent le concept même de lois mémorielles.

¹³⁹⁸ C. LANZMANN, « Universalité des victimes, singularité des événements historiques », *Les Temps Modernes*, 2006, vol. 635-636, n° 1-2, p. 3.

¹³⁹⁹ N. BANCEL et P. BLANCHARD, « Une impossible politique muséale pour l'histoire coloniale ? », in N. BANCEL, P. BLANCHARD et D. THOMAS (dirs.), *Vers la guerre des identités ? De la fracture coloniale à la révolution ultranationale*, Paris, La Découverte, 2016.

¹⁴⁰⁰ J. MICHEL, « L'évolution des politiques mémorielles », art. cit., p. 62.

la reconnaissance du génocide arménien¹⁴⁰¹. De son côté, le Conseil constitutionnel a été saisi de la question de la constitutionnalité des lois mémorielles¹⁴⁰² à différentes reprises¹⁴⁰³.

438. Cette problématique des lois mémorielles est donc en lien avec la neutralité en tant que « vérité officielle »¹⁴⁰⁴. En effet, dès lors que le législateur « s'érige lui-même en juge de l'Histoire »¹⁴⁰⁵, cela pose un problème du point de vue de la neutralité¹⁴⁰⁶. Les lois mémorielles et, plus généralement, l'histoire-mémoire, peuvent alors représenter une menace pour la liberté de conscience et la liberté d'expression et pose la question de la légitimité d'une législation sur l'histoire dans un système libéral :

« [...] un système, dans lequel certaines opinions seraient interdites, serait globalement défavorable à la recherche de la vérité. Cet argument est parfois exprimé d'une manière fort intimidante : seuls les systèmes totalitaires interdisent de discuter les vérités officielles. Au contraire, les systèmes libéraux ne connaissent pas de vérité officielle. »¹⁴⁰⁷

Par l'histoire-mémoire, et les programmes scolaires, mais aussi par le travail d'unification du peuple par la langue, la construction du citoyen, dès l'aube de la III^e République, témoigne d'une absence de neutralité des intentions : la *culture* est au cœur de la citoyenneté. Si l'universalisme abstrait est neutre, la figure du citoyen à laquelle il renvoie n'a pas été construite de manière neutre en tant qu'elle vise la construction d'une uniformité culturelle. Ainsi, en France, la « citoyenneté ne renvoie pas simplement aux droits politiques comme le droit de vote, mais à une culture commune qui fonctionne comme frontière entre

¹⁴⁰¹ Loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.

¹⁴⁰² M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1999, vol. 54, n° 6, pp. 1239-1255 ; J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », in *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, Paris, 2014, pp. 93-97 ; A. MANOUGUIAN, « Lex facit veritatem ? Réflexions critiques sur les rapports entre droit et vérité au prisme des lois mémorielles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, septembre 2021, n° 5, p. 1287.

¹⁴⁰³ La première décision du Conseil constitutionnel relative à la constitutionnalité des lois mémorielles est celle du 28 février 2012 relative à la loi du 29 janvier 2001 sur le génocide arménien, dans laquelle le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif pénal attaché à la loi en estimant qu'il y avait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication. Il a ensuite été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la Loi Gayssot, qu'il a estimé conforme à la Constitution dans une décision du 8 janvier 2016 (Décision n°2015-512 QPC du 8 janvier 2016).

¹⁴⁰⁴ A. MANOUGUIAN, « Lex facit veritatem ? Réflexions critiques sur les rapports entre droit et vérité au prisme des lois mémorielles », art. cit.

¹⁴⁰⁵ J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », art. cit., p. 97.

¹⁴⁰⁶ Pour cette raison, la loi Gayssot réprimant le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.) se distingue des autres lois mémorielles car elle « s'applique à réprimer des propos qui contestent des faits revêtus de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire, concrètement, les crimes contre l'humanité perpétrés par les dirigeants nazis qui ont été jugés et condamnés comme tels » (J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, pp. 96-97). La loi Gayssot n'est pas une loi mémorielle *déclarative* mais une loi *répressive*, ce qui la distingue des autres.

¹⁴⁰⁷ M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », art. cit., pp. 13-14.

citoyens et étrangers »¹⁴⁰⁸. Les citoyens se voient imposer des valeurs, une histoire, une identité, et cette volonté d'uniformité culturelle et morale fait obstacle à la reconnaissance de groupes.

B) Le refus des groupes au profit de la figure du citoyen

439. La neutralité « républicaine » a pour but d'*homogénéiser* la sphère publique, et appréhende donc l'individu uniquement comme citoyen, comme « partie » d'une communauté politique. La figure du citoyen exclut, en France, l'existence des groupes : l'unicité du peuple français s'organise autour de la seule figure du citoyen. L'universalisme abstrait met en œuvre cette indifférence de l'État vis-à-vis des groupes. L'universalité de la règle de droit est l'un des fondements de la neutralité républicaine. L'universalisme républicain, qui s'entend comme « le principe selon lequel la règle de droit doit s'appliquer à tous, sans distinction »¹⁴⁰⁹, a pour objectif de mettre en œuvre la neutralité par abstention en tant qu'il met en place un droit à l'indifférence. La logique universaliste implique pour l'État d'être aveugle aux différences, et, en cela, l'universalisme s'incarne dans la neutralité. La règle de droit est supposée neutre et universelle. Par conséquent, la neutralité *permet* l'universalité de la norme. Il s'agit, avec l'universalisme républicain, d'instaurer l'égalité des droits. Pour l'Abbé Sieyès, l'universalisme et le refus des groupes étaient indispensables au processus d'adunation politique¹⁴¹⁰. Il s'agissait avant tout, avec la logique universaliste, d'*homogénéiser* la société¹⁴¹¹. Le refus des groupes découle du caractère contractualiste de la République. La finalité de l'universel est la même qu'à l'aube de l'État moderne : éviter les conflits et assurer la coexistence pacifique des citoyens. Il y a une crainte de l'État moderne à l'égard des identités, considérées comme étant porteuses de conflits.

440. Le refus des groupes par la République est souvent résumé par la célèbre phrase de Stanislas de Clermont-Tonnerre, déclarant qu'« il faut tout refuser aux Juifs comme nation et tout accorder aux Juifs comme individus »¹⁴¹². Ce refus est justifié par le principe d'unité et d'indivisibilité du peuple français hérité de la Révolution française¹⁴¹³ : il est expressément cité

¹⁴⁰⁸ N. BANCEL, P. BLANCHARD et F. VERGES, *La république coloniale*, op. cit., p. 122.

¹⁴⁰⁹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 3.

¹⁴¹⁰ E.-J. SIEYÈS, *Observations sur le rapport du Comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*, Versailles, Baudouin, 1789, pp. 1-2.

¹⁴¹¹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit.

¹⁴¹² E. LAURENT et J. MAVIDAL, *Archives parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome X - Du 12 novembre au 24 décembre 1789*, Paris, Librairie administrative P. Dupont, 1875, p. 756.

¹⁴¹³ R. DEBBASCH, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République : essai d'histoire politique*, coll. « Droit public positif », Paris ; Aix-en-Provence, Economica ; Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

et expliqué dans le préambule de la Constitution de 1791¹⁴¹⁴. Si la Constitution de 1958 dispose, dès l'article 1^{er}, que la République est « indivisible », le refus explicite de la reconnaissance des groupes au sein de l'État résulte de la jurisprudence. Dans sa décision du 9 mai 1991¹⁴¹⁵, le Conseil constitutionnel a censuré l'expression « peuple corse » considérant que « la Constitution ne connaît que le peuple français comprenant tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Le Conseil constitutionnel a depuis continuellement réaffirmé sa jurisprudence. En particulier, la décision n°99-412 du 15 juin 1999 relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires est particulièrement explicite : le Conseil constitutionnel indique clairement que « le principe d'unicité du peuple français » « s'oppos[e] à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ». L'État étant aveugle aux différences, il ne peut y avoir de droits spécifiques accordés aux groupes¹⁴¹⁶.

441. Le refus de reconnaître des groupes, au profit de la figure du citoyen, correspond à la valorisation du groupe majoritaire, car l'absence de droits spécifiques ou d'adaptation aux spécificités des différents groupes a pour conséquence un désavantage des minorités dans la recherche de la vie bonne. La neutralité de la citoyenneté reflète le groupe dominant, ce qui pose un problème du point de vue de l'égalité dans les conceptions du bien, ainsi que le relève W. Kymlicka :

« Les républicains considéraient habituellement qu'un régime axé sur une citoyenneté unifiée était neutre à l'égard des groupes ethnoculturels. En évitant les droits spécifiques aux groupes, l'État faisait des identités ethnoculturels une affaire de choix individuel dans la sphère privée, en ne soutenant et en n'entravant aucun groupe ethnoculturel particulier. Nous avons vu

¹⁴¹⁴ Préambule de la Constitution du 3 septembre 1791 : « L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits.

- Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dériveraient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions.

- Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public.

- Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français.

- Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers.

- La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution. ».

¹⁴¹⁵ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de la Corse.

¹⁴¹⁶ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit.

cependant que cette prétention à la neutralité a été décisivement contestée. Ce qui, en surface, paraît correspondre à un système neutre de droits communs, se révèle, à y regarder de plus près, profondément marqué par un biais en faveur du groupe majoritaire. C'est la langue de la majorité qui est utilisée dans les institutions publiques ; ce sont les jours fériés de la majorité qui sont reconnus dans le calendrier officiel ; c'est l'histoire de cette majorité qui est enseignée à l'école, etc. Ces exemples de privilège accordé à la majorité ne peuvent être considérés comme des exceptions au principe de neutralité. Ils contribuent, au contraire, à la définition de la structure même de l'État libéral qui, à son tour, contribue à celle de la société dominante (*larger society*). Une fois que la prétention à la neutralité est écartée, l'engagement républicain en faveur d'une citoyenneté unifiée devient profondément problématique. »¹⁴¹⁷

442. Ainsi la neutralité républicaine a ceci de contradictoire qu'elle « va induire un déclassement – au nom des valeurs de l'universel et du progrès – des identités culturelles »¹⁴¹⁸. La citoyenneté est ainsi particulièrement représentative de l'ambiguïté du modèle français de neutralité de l'État : les méta-valeurs de la République sont en réalité bien plus fermées que les méta-valeurs libérales dans la mesure où l'État impose un certain nombre de valeurs associées à la citoyenneté.

II. L'héritage culturel

443. La problématique de l'héritage culturel est distincte de celle de la figure du citoyen en ce qu'elle n'entraîne pas une *assimilation forcée* des minorités à la majorité : les conséquences non-neutres de l'héritage culturel sur les minorités culturelles ne sont pas nécessairement voulues. Toutefois, elle présente également une limite à la neutralité culturelle, limite indépassable – la neutralité de l'État n'étant et ne pouvant être absolue. Cette problématique s'inscrit également dans la réflexion sur l'*ethos* majoritaire et les conséquences de l'alignement de la neutralité sur celui-ci. Si l'héritage culturel semble être une limite indépassable à la neutralité, il montre surtout l'inadaptation de l'élément de retrait de la neutralité de l'État, car l'absence d'intervention de l'État a pour conséquence une valorisation implicite, structurelle, de la culture majoritaire. La question de l'héritage culturel est ainsi au cœur de la théorie du multiculturalisme, qui prend acte de cet héritage¹⁴¹⁹. L'élargissement

¹⁴¹⁷ W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., pp. 165-166.

¹⁴¹⁸ *Le multiculturalisme*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 48.

¹⁴¹⁹ Voir *infra*, § 490 et s.

manqué de la neutralité à la sphère culturelle a abouti à une neutralité « à deux vitesses » entre majorité et minorités. Différents auteurs, comme W. Kymlicka, ont critiqué cette analogie des différentes neutralités, en énonçant qu'il est impossible pour la sphère publique d'être neutre sur le plan culturel de manière analogue au modèle de neutralité religieuse. La difficulté de cet héritage culturel, dans l'appréhension du principe de neutralité de l'État, est que celui-ci – même s'il est légitime et indispensable au maintien de l'État – favorise les opportunités de la majorité, l'héritage culturel de l'État étant, logiquement, celui de la culture majoritaire, qui englobe, dans la majorité des cas, la religion majoritaire. Quelles que soient les ambitions de l'État libéral en matière de neutralité culturelle, celui-ci ne peut fonctionner sans langue officielle, sans socle de valeurs communes ou traditions. La culture de l'État ne peut être niée sous peine de remettre en cause les fondements de celui-ci. Toutefois, l'abstention de l'État à l'égard des différentes cultures a pour conséquence de désavantager les minorités en raison de l'héritage culturel – ce qui justifie, chez les multiculturalistes, la reconnaissance de droits culturels, qui se fonde précisément sur *l'inadaptation de l'élément de retrait à la sphère culturelle*¹⁴²⁰.

444. Par exemple, l'un des avantages persistant pour la majorité, relatif à l'héritage culturel, et qui défavorisent les minorités dans leurs opportunités, est celui de la langue parlée :

« Lorsqu'une société moderne a une langue officielle, au sens le plus général du terme, à savoir une langue et une culture parrainées par l'État, alors ce dernier représente évidemment un très grand avantage pour ceux qui appartiennent à cette culture et à cette langue. Par contre ceux qui parlent une autre langue sont nettement désavantagés. »¹⁴²¹

Ainsi que le relève D. Schnapper, dans le cas de la langue, l'extension de la neutralité est impossible, car « [l]'abstention de l'État dans l'ordre religieux ne peut être transposée telle quelle dans l'ordre linguistique »¹⁴²². Le choix d'une langue est indispensable¹⁴²³, notamment parce qu'elle est « l'instrument de la démocratie, c'est-à-dire du lieu politique, commun à tous,

¹⁴²⁰ Voir *infra*, § 485 et s.

¹⁴²¹ C. TAYLOR, « Nationalism and Modernity », in *The Ethics of Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 34, cité par F. FISTETTI, *Théories du multiculturalisme*, op. cit., p. 121.

¹⁴²² D. SCHNAPPER, « Comment reconnaître les droits culturels ? », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 265.

¹⁴²³ W. Kymlicka utilise également l'exemple de la langue pour démontrer la difficulté de l'extension de la neutralité religieuse à la neutralité culturelle : « Il est tout à fait possible pour un État de ne pas reconnaître une Église officielle, mais il ne peut pas, en revanche, éviter d'institutionnaliser au moins partiellement une culture lorsqu'il décide quelle sera la langue utilisée dans les écoles et les services publics. L'État peut (et doit) remplacer les serments religieux par des serments laïques, mais il est obligé de choisir une langue dans laquelle se dérouleront les procès » (W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, coll. « Textes à l'appui / Politique et sociétés », Paris, La Découverte, 2001, p. 163).

qui transcende les divers particularismes, du lieu où se forment et se forgent la volonté collective et la légitimité politique »¹⁴²⁴. Si la langue commune est une nécessité impérieuse, elle a pour conséquence de favoriser la culture dominante : les membres du groupe majoritaire, parce qu'ils parlent cette même langue dans leur propre foyer, bénéficient d'un avantage à l'école, dans le monde du travail et, de manière générale, dans la vie sociale. Les membres de groupes minoritaires devront quant à eux « apprendre une seconde langue pour bénéficier des mêmes chances (*opportunities*) que celles dont jouissent les membres de la majorité¹⁴²⁵ ».

445. De la même manière, le calendrier chrétien¹⁴²⁶ fait partie de l'héritage culturel indépassable – qui nécessite donc des accommodements¹⁴²⁷. En effet, les jours chômés – le dimanche, les jours fériés – sont considérés comme faisant partie intégrante de la culture de l'État, et ne sont pas considérés comme allant à l'encontre de la neutralité – notamment parce que le calendrier religieux a été sécularisé. Toutefois, là encore, le calendrier chrétien donne un avantage à la culture chrétienne, permettant plus facilement à ce groupe – qui est le groupe majoritaire – de vivre selon cette culture : se rendre sur les tombes à la Toussaint, aller à la messe le dimanche, se réunir à Noël, etc. Ces rites ne sont plus nécessairement appréhendés de manière religieuse, mais également, dans une société de plus en plus sécularisée, comme issus d'une culture désormais détachée de la foi¹⁴²⁸. Le calendrier chrétien représente donc tout autant une limite à la neutralité culturelle qu'une limite à la neutralité religieuse : dans un cas comme dans l'autre, cet héritage favorise les membres de la majorité, lorsque les minorités ne disposent pas de jours fériés leur permettant la même facilité dans la possibilité de vivre en accord avec leur religion ou leur culture.

446. La critique de l'ethnocentrisme du libéralisme dépasse, chez certains auteurs, le cadre libéral et le caractère indispensable de l'héritage culturel. Il y a, sur cette question de l'héritage culturel, une scission entre les courants de pensée s'inscrivant dans le cadre libéral malgré la critique des failles de la neutralité et ceux qui entendent remettre intégralement en cause cet héritage qui traduirait un impérialisme culturel. Pour W. Kymlicka par exemple,

¹⁴²⁴ D. SCHNAPPER, « Comment reconnaître les droits culturels ? », art. cit., pp. 265-266.

¹⁴²⁵ G. HAARSCHER, « La neutralité, l'intégrité et la protection des minorités », art. cit., pp. 264-265.

¹⁴²⁶ L'exemple du calendrier chrétien, de même que celui de la langue, est utilisé par J. Spinner pour justifier l'impossibilité d'une neutralité culturelle (W. KYMLICKA, « The Boundaries of Citizenship: Race, Ethnicity, and Nationality in the Liberal State. By Jeff Spinner. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1994. 230p. \$39.95 cloth. », *American Political Science Review*, juin 1995, vol. 89, n° 2, p. 491).

¹⁴²⁷ Voir *infra*, § 566 et s.

¹⁴²⁸ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, op. cit. ; C. TAYLOR, *L'âge séculier*, Paris, Seuil, 2011.

l'héritage culturel et les politiques visant à promouvoir la « culture sociétale », ne doivent pas être entendus comme des limites dépassables à la neutralité culturelle :

« Promouvoir l'intégration à la culture sociétale fait partie du processus d'institution de la nation (*nation-buildind*) propre à (quasiment) toutes les démocraties libérales [note de bas de page supprimée] qui s'appuie sur tout un éventail de moyens : des politiques concernant la langue officielle ; un système unique d'éducation nationale ; des politiques d'immigration et de naturalisation (favorisant ceux relevant de la même ethnie, exigeant des immigrants qu'ils adoptent la langue du pays et l'identité nationale avant toute naturalisation) ; la redéfinition des circonscriptions administratives pour diminuer le poids des minorités en chacune d'elles ; les politiques relatives à l'emploi dans la fonction publique et au service militaire etc.

Nous ne devrions pas non plus considérer qu'il n'est ici question que d'impérialisme culturel ou de préjudice ethnocentrique. »¹⁴²⁹

L'héritage culturel n'est donc pas nécessairement le fait d'un impérialisme culturel, et il est difficile d'étendre la neutralité culturelle au-delà de cet héritage culturel sans mettre en péril le vivre-ensemble et l'unité de l'État. Toutefois, la mise en lumière des conséquences de cet héritage culturel sur la manière dont les individus peuvent vivre en accord avec leur conception du bien montre l'inadaptation de l'indifférence de l'État aux différences. Seule la prise en compte des différences permettrait de pallier les conséquences de l'héritage culturel.

447. Conclusion de section. L'assimilation est au cœur des critiques contemporaines de la neutralité. L'assimilation à la norme dominante dissimulée sous la neutralité de l'État a pour conséquence de réduire les possibilités pour les groupes minorités de vivre en accord avec leur conception du bien, car le choix de ces modes de vie et conceptions est réduit par la neutralité biaisée et la domination de la majorité. La neutralité culturelle n'est pas garantie par l'absence d'intervention de l'État en raison de l'absence de neutralité des intentions dans l'imposition du cadre du Juste au-delà du monde occidental et ses exclusions originelles.

¹⁴²⁹ W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., p. 154.

SECTION 2. L'INSUFFISANCE DE L'ÉLÉMENT D'ÉGALITÉ, AU CŒUR DE LA CONCEPTION CONTEMPORAINE DE LA NEUTRALITÉ

448. L'égalité est au cœur de la critique contemporaine du principe de neutralité de l'État ; les différents courants critiques de la neutralité ont pour point commun de dénoncer l'*insuffisance* de l'élément d'égalité inhérent à la neutralité. Au sens général, l'égalité implique que « ce qui est essentiellement semblable doit être traité de manière identique ; ce qui est essentiellement dissemblable doit être traité de manière différente »¹⁴³⁰. Au sens moderne, l'égalitarisme « repose d'abord sur l'idée que l'identité de nature entre tous les hommes est plus importante que la diversité des conditions ou des "rôles" sociaux »¹⁴³¹. Dans sa contribution au *Dictionnaire de la culture juridique*, O. Jouanjan rappelle que l'égalité est un principe juridique particulier au sens où il est à la fois au fondement de l'État moderne, et rendu obligatoire par celui-ci : le principe d'égalité « prescrit la forme la plus générale selon laquelle doivent s'établir les rapports réciproques entre l'État et la société civile : l'État moderne émane d'une société d'égaux (égalité politique) et doit considérer les membres de cette société comme également soumis à sa puissance (égalité civile) »¹⁴³². Le principe de neutralité découle de ce deuxième élément du principe de l'égalité : pour considérer de manière égale les citoyens, l'État doit être neutre. L'égalité est l'une des deux dimensions centrales du principe de neutralité. R. Dworkin, dans son article *Libéralisme*, publié en 1978, fut le premier théoricien de la neutralité à expliciter ce lien entre neutralité et égalité :

« Puisqu'à l'intérieur d'une société tous les citoyens ne tomberont pas d'accord sur ce sujet, le gouvernement ne les traite pas en individus égaux s'il préfère une certaine conception à une autre, soit parce que les dirigeants estiment qu'une conception est intrinsèquement supérieure à toutes les autres, soit parce qu'une certaine conception est celle du groupe le plus nombreux ou le plus puissant. »¹⁴³³

De la même manière, B. Ackerman, dans son ouvrage majeur *Social Justice in the Liberal State*¹⁴³⁴, explique qu'un État qui veut garantir l'égalité de ses citoyens doit agir

¹⁴³⁰ O. JOUANJAN, « Égalité », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 586.

¹⁴³¹ P. RAYNAUD, « Égalité », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 211-212.

¹⁴³² O. JOUANJAN, « Égalité », art. cit., p. 585.

¹⁴³³ R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit., p. 239.

¹⁴³⁴ B. ACKERMAN, *Social justice in the liberal state*, op. cit.

conformément au principe de neutralité¹⁴³⁵. Il place son point de départ sur l'idée de neutralité, et l'égalité en est la conséquence¹⁴³⁶. Si sa vision diffère ainsi de celle de R. Dworkin, pour qui la neutralité est la conséquence de l'égalité, ces deux penseurs montrent un lien fort entre les deux concepts, qui existe dès les premières théorisations de la neutralité. Ainsi, si la dimension de l'égalité est moindre dans les prémices de l'idéal de neutralité – la théorie de la tolérance de J. Locke étant centré sur la dimension de retrait – elle est un pan important chez les défenseurs et théoriciens de la neutralité de l'État à la fin du XX^e siècle. La valeur de l'égalité, comme celle de la liberté, justifie la neutralité.

449. Toutefois, pour les critiques contemporaines de la neutralité de l'État, l'élément d'égalité est largement *insuffisant*, en raison notamment de l'inadaptation de l'élément de retrait pour l'assurer. Pour ces critiques, contrairement à ce qu'affirmaient les premiers défenseurs de la neutralité, la neutralité par abstention – mettant l'accent sur l'élément de retrait cher aux premiers libéraux – mènerait à l'*inégalité dans la recherche de la vie bonne*. En ce sens, l'élargissement manqué de la neutralité aux autres objets de la neutralité, comme la couleur ou le sexe par exemple, a pour conséquence de montrer que l'un des éléments de la neutralité – la non-intervention – ne suffirait pas à assurer l'autre élément de la neutralité – l'égalité. Ainsi, l'égalité – ou plutôt l'inégalité – dans la possibilité pour chaque individu de choisir son mode de vie et sa conception du bien est la *principale faille* de la mise en œuvre passive de la neutralité. Ici, la critique de la neutralité s'empare de l'évolution de la signification de l'égalité et notamment du passage de l'égalité formelle à l'égalité réelle. Le retrait de l'État des questions relatives au Bien ne permettrait pas l'égalité *réelle*. Par conséquent, la neutralité est imparfaite dans son objectif – la liberté de choix des conceptions du bien. Les critiques contemporaines de la neutralité ont, en effet, mis en lumière l'inégalité dans les *opportunités* de vivre en accord avec sa conception du bien. Elles dénoncent l'égalité formelle de l'universalisme abstrait, dont l'objectif d'égalité en droits n'assure pas les mêmes opportunités pour tous les individus de vivre en accord avec leur conception de la vie bonne. Ces inégalités dans la recherche de la vie bonne découleraient des exclusions originelles du Juste, qui n'ont pas réellement été rééquilibrées en raison de l'absence d'intervention de l'État dans les situations d'inégalités portant atteinte à la neutralité de l'État.

450. L'exigence relative à l'élément d'égalité est de plus en plus importante depuis la conceptualisation de l'idéal de neutralité. Avec l'importance accrue de la notion d'identité et

¹⁴³⁵ *Ibid.*, pp. 15-17.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, Chap. 2.

les luttes de minorités pour la reconnaissance, l'élément d'égalité est devenu central dans la neutralité : pour que la neutralité soit atteinte de manière acceptable – et soit ainsi à même d'assurer la coexistence pacifique des individus – l'élément d'égalité doit être rempli. Des critiques comme la *Critical Race Theory* ou la critique féministe, par exemple, montrent l'appréhension contemporaine du principe de neutralité : celui-ci ne peut plus se traduire uniquement par la non-intervention. Son principal objectif doit être alors d'assurer l'égalité réelle entre les individus dans leur recherche de la vie bonne. Les critiques contemporaines de la neutralité sont ainsi apparues conséquemment à une « conception plus exigeante de l'égalité qui entend dépasser la simple égalité en droit pour se rapprocher d'une égalité des conditions »¹⁴³⁷. Ainsi, la neutralité par abstention n'est pas neutre dans ses *conséquences*, et met ainsi en péril la coexistence pacifique que vise l'idéologie de la neutralité. L'importance nouvelle de l'élément d'égalité justifie le *renoncement* à l'élément de non-intervention : il y a ainsi, avec ces critiques, un *renversement* de l'élément central de neutralité, et une évolution notable dans la manière d'appréhender le principe de neutralité. Le principe de neutralité a pour objectif de permettre à chaque individu la possibilité de poursuivre, dans les frontières du Juste, sa conception du bien. Ce que montrent ces critiques, c'est que tous les individus n'ont pas la même possibilité car il résulte de la neutralité de l'État une forme de domination implicite du groupe ethnoculturel majoritaire. L'universel, en raison de ses paradoxes¹⁴³⁸, est remis en cause. L'assimilation des minorités à la majorité nie l'identité particulière des individus appartenant aux groupes minoritaires, ce qui a pour conséquence de restreindre leur choix de mode de vie et de conceptions du bien.

451. Plusieurs courants de pensée se sont attachés à montrer les inégalités de fait dans lesquels se trouvaient un certain nombre d'individus, et l'absence d'égalité réelle dans les conséquences de la neutralité. Sur cette question, la critique de la Constitution *colourblind* rejoint celle de la société *sex-blind*. À ce titre, de nombreux ouvrages font le lien entre les problématiques relatives à la couleur et celles relatives au genre dans une perspective postcoloniale¹⁴³⁹. La *Critical Race Theory* a dénoncé le racisme structurel de l'État causant une inégalité dans la recherche de la vie bonne entre les individus de couleurs différentes (§1). Dans le même sens, la théorie féministe a montré que, malgré l'inclusion des femmes dans la

¹⁴³⁷ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 11.

¹⁴³⁸ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit.

¹⁴³⁹ E. Dorlin considère, par exemple, que la race et le sexe font partie d'une même « matrice » (E. DORLIN et J.W. SCOTT, *La matrice de la race : généalogie sexuelle et coloniale de la nation française*, coll. « La Découverte-poche », Paris, La Découverte, 2009).

citoyenneté, le neutre correspondait au masculin et ne permettait pas aux femmes la même liberté dans la recherche de la vie bonne (§2).

§1. L'apport de la *Critical Race Theory* dans la critique de l'insuffisance de l'élément d'égalité

452. La *Critical Race Theory*, née aux États-Unis¹⁴⁴⁰ dans les années 1980¹⁴⁴¹, a pour objectif de dénoncer le racisme juridique et systémique aux États-Unis, montrant par-là l'absence de neutralité de l'État vis-à-vis de la couleur, c'est-à-dire l'échec de la Constitution *colorblind*. À l'origine, cette théorie est née des *Critical Legal Studies*¹⁴⁴², les deux mouvements ayant vocation à dénoncer l'absence de neutralité du droit, et se rejoignant autour de la conviction que le droit doit être lu en prenant en compte la théorie sociale, et qu'il est un instrument de domination. Toutefois, la *Critical Race Theory* se distingue des *Critical Legal Studies* en ce que ces dernières privilégient l'examen de la domination socioéconomique, quand les « *crits* »¹⁴⁴³ centrent leur analyse autour de la domination raciale. Pour les auteurs de la *Critical Race Theory*, l'oppression et la domination ne sont donc plus liées à la classe sociale, mais à la « race »¹⁴⁴⁴. L'intérêt de la *Critical Race Theory* est donc d'avoir lié l'analyse de la

¹⁴⁴⁰ La *Critical Race Theory* s'est par la suite exportée dans différents pays (M. MÖSCHEL, *Law, lawyers and race: critical race theory from the United States to Europe*, London New York, Routledge, 2016) et a, par ailleurs, donné naissance à d'autres courants critiques s'y rattachant, comme l'*Asian American Critical Race Theory* ou encore la *Latina & Latino Critical Legal Theory*, qui s'attachent également à démontrer les discriminations raciales persistantes malgré la neutralité de l'État et de la Constitution. En France, ainsi que le souligne M. Bessone, l'exportation du modèle se heurte à l'élimination du concept de race de la Constitution et des différents codes, au contraire de la *Critical Race Theory* qui, non seulement, accepte mais utilise le concept de « race » (M. BESSONE, « Analyser la suppression du mot « race » de la Constitution française avec la Critical Race Theory : un exercice de traduction ? », *Droit et société*, octobre 2021, n° 2, pp. 367-382). Toutefois, certains auteurs considèrent que, bien que les conditions ne soient pas tout à fait réunies, la *Critical Race Theory* peut être exportée en France (sur ce point, voir le dossier : « La Critical Race Theory est-elle exportable en France ? », *Droit et société*, 2021, vol. 2, n° 108, pp. 279-382. Voir aussi le récent dossier de la revue *Pouvoir* : « Racisme et antiracismes », *Pouvoirs*, 2022, vol. 2, n° 181, en particulier l'article de G. Calvès relatif au mot « race » : G. CALVES, « Le mot "race" dans la législation antiraciste française », *Pouvoirs*, 2022, vol. 181, n° 2, pp. 73-84).

¹⁴⁴¹ La *Critical Race Theory* est plus précisément née dans les universités américaines. L'introduction de l'important ouvrage *Critical Race Theory : The Key Writings that formed the Movement* retrace les différents éléments qui ont donné naissance à la *Critical Race Theory* (K. CRENSHAW (éd.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed The Movement*, New York, New Press, 1995).

¹⁴⁴² Pour un aperçu des principaux textes des *Critical legal studies*, voir : J. BOYLE, *Critical legal studies*, The international library of essays in law and legal theory, n° 4, Aldershot Hong Kong Singapore [etc.], Dartmouth, 1992 ; R.M. UNGER, *The critical legal studies movement*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1986. Pour un ouvrage en français, voir : F. MICHAUT et J.M. BALKIN (éds.), *Le mouvement des Critical legal studies : de la modernité à la postmodernité en théorie du droit*, coll. « Dikè », Québec, Presses de l'Université Laval, 2014.

¹⁴⁴³ Les « *Crits* » sont les auteurs affiliés à la *Critical Race Theory*.

¹⁴⁴⁴ Pour une analyse, en français, du lien entre la *Critical Race Theory* et la théorie marxiste, voir par exemple : I. AUBERT, « La Critical Race Theory confrontée à Marx », *Droit et société*, 2021, n° 2, pp. 303-318.

race au rôle du droit¹⁴⁴⁵, et démontre que le droit est lié à l'oppression d'individus en raison de leur couleur du fait des structures étatiques institutionnalisant le racisme.

453. La *Critical Race Theory* s'inscrit dans la critique de la neutralité libérale et de ses insuffisances. L'enjeu de la *Critical Race Theory* est donc démontrer l'insuffisance de l'égalité réelle et de la neutralité-indifférence de l'État à travers la critique de la *colorblindness* de la Constitution. La doctrine de la « *colorblindness* » de la Constitution américaine serait inadaptée à la spécificité de la « race » (I), ce qui a pour conséquence un manque d'égalité en raison de la domination blanche (II).

I. L'inadaptation de la *Colorblindness* de la Constitution à la spécificité de la race

454. La *Critical Race Theory* est née dans les universités américaines ; sa critique se concentre sur la mise en œuvre de la neutralité-indifférence aux États-Unis à travers le concept de « *colorblindness* » de la Constitution¹⁴⁴⁶. Le mouvement de la *Critical Race Theory* remet en cause le principe de neutralité vis-à-vis de la couleur de peau. Son objectif est principalement de montrer que l'égalité formelle telle qu'elle est inscrite dans la Constitution américaine perpétue le racisme en favorisant implicitement la majorité blanche ; le mouvement est ainsi né de « [la] déception et [du] mécontentement suscités par le discours traditionnel des droits civiques »¹⁴⁴⁷. Les premiers écrits ayant donné naissance à la *Critical Race Theory* ont été rassemblés dans l'ouvrage désormais central relatif à celle-ci : *Critical Race Theory : The Key Writings that formed the Movement*¹⁴⁴⁸. L'auteur phare du mouvement, et fondateur de celui-ci, est le professeur D. Bell, qui remet en cause la doctrine de la *colorblindness* de la Constitution dans son recueil « Race, racisme et droit américain » paru en 1970¹⁴⁴⁹. À rebours de la neutralité libérale, D. Bell propose une relecture du droit via le prisme de la « race ». La *Critical Race Theory* est un mouvement politisé : ses défenseurs – parmi lesquels se trouvent par exemple K. Crenshaw, A. D. Freeman, G. Peller, P. J. Williams, M. Matsuda, A. Harris et N. Gotanda – appartiennent à la gauche voire à l'extrême gauche américaine. Le mouvement

¹⁴⁴⁵ D. SABBAGH, « De la déracialisat[i]on en Amérique : apports et limites de la Critical Race Theory », *Droit et société*, octobre 2021, n° 2, pp. 287-301.

¹⁴⁴⁶ Voir *supra*, § 279.

¹⁴⁴⁷ H. BENTOUHAMI, « Critical Race Theory ou comment la “race” compte », in H. BENTOUHAMI *et al.* (dirs.), *Le souci du droit : où en est la théorie critique ? [colloque international du réseau « Droit(s) contre loi ? »]*, Université Paris Diderot, les 16 et 17 octobre 2008], Paris, Sens&tonka, 2009, p. 188.

¹⁴⁴⁸ K. CRENSHAW (éd.), *Critical Race Theory*, *op. cit.*

¹⁴⁴⁹ D. BELL, *Race, racism and american law*, *op. cit.*

n'est toutefois pas uniforme : les juristes y étant affiliés peuvent être subdivisés entre l'aile « radicale », l'aile « multiculturaliste » et l'aile « postmoderniste »¹⁴⁵⁰. Les *Crits* radicaux ou multiculturalistes se distinguent des postmodernistes par le fait qu'ils « font de la race la seule variable de leur analyse des problèmes affectant les minorités visibles aux États-Unis »¹⁴⁵¹. Le fait de considérer le débat uniquement sous le prisme de la race est la principale critique adressée au mouvement¹⁴⁵².

455. Pour les auteurs du mouvement, de manière générale, le principe de neutralité vis-à-vis de la couleur, qui a pour objectif l'égalité des droits, soutient au contraire le racisme structurel de la société américaine et le perpétue, car l'invisibilisation de la « race » ne permet pas de prendre en compte de manière effective la domination et l'oppression des minorités, en particulier de la minorité afro-américaine¹⁴⁵³. En particulier, les *Crits* reprochent aux défenseurs de la neutralité vis-à-vis de la couleur d'appréhender la « race » uniquement d'un point de vue formel, « qui réduit cette dernière à la couleur de peau », quand les partisans de la *Critical Race Theory* l'envisagent au contraire comme un « rapport générateur de privilèges et d'assujettissement », et comme un « mode de justification de l'exploitation et de la discrimination »¹⁴⁵⁴. Pour les *Crits*, la race est socialement construite, et ils visent à démontrer le rôle du droit dans cette construction :

« Il était évident pour beaucoup d'entre nous que, même si la race était, pour ainsi dire, socialement construite (l'idée d'un racisme biologique est "fausse"), la race était cependant "réelle" au sens où, dans la société américaine, l'expérience d'être "racisé" revêt un poids et une dimension matériels ; une matérialité qui, de manière substantielle, a été produite et soutenue par le droit. Ainsi nous avons compris notre projet comme une tentative visant à construire une analyse qui prenne en compte la race (*race-conscious*) et qui aborde de manière anti-essentialiste les processus par lesquels le droit participe à la "racisation" de la société américaine. »¹⁴⁵⁵

¹⁴⁵⁰ J.-F. GAUDREAU-DES BIENS, « La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », *Droit et société*, 2001, n° 2, pp. 583-584.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 610.

¹⁴⁵² Cette critique a, en particulier, été formulée par le professeur américain R. Kennedy (R.L. KENNEDY, « Racial Critiques of Legal Academia », *Harvard Law Review*, juin 1989, vol. 102, n° 8, p. 1745), à laquelle D. Bell a répondu (D. BELL, « Who's Afraid of Critical Race Theory ? », *University of Illinois Law Review*, 1995, pp. 893-906).

¹⁴⁵³ Voir par exemple : N. GOTANDA, « A Critique of "Our Constitution is Color-Blind" », in K. CRENSHAW (éd.), *Critical Race Theory : The Key Writings that Formed the Movement*, New-York, New Press, 1995, pp. 257-275 ; I. HANEY LÓPEZ, « A Nation of Minorities : Race, Ethnicity, and Reactionary Colorblindness », art. cit.

¹⁴⁵⁴ D. SABBAGH, « De la déracialisation en Amérique », art. cit., p. 291.

¹⁴⁵⁵ K. CRENSHAW (éd.), *Critical Race Theory*, op. cit., traduit dans H. BENTOUHAMI et M. MÖSCHEL, *Critical Race Theory : une introduction aux grands textes fondateurs*, coll. « À droit ouvert », Paris, Dalloz, 2017, p. 41.

456. La *Critical Race Theory* se fonde donc sur la notion de discrimination *systémique* résultant d'un racisme institutionnel¹⁴⁵⁶. La notion de racisme institutionnel a été forgée par S. Carmichael et C. V. Hamilton dans leur ouvrage *Black Power : the Politics of Liberation of America*¹⁴⁵⁷, dans lequel ils évoquent notamment cette forme de racisme, qui n'est pas explicite, et qui « permet, à la limite, de dissocier le racisme en actes des intentions ou de la conscience de quelconque acteur »¹⁴⁵⁸. Avec ce concept apparaît l'idée que la discrimination subie par les Noirs n'est pas nécessairement intentionnelle. Si, dans le passé, le racisme était explicitement institutionnalisé, et la discrimination – explicite – fondée sur une hiérarchisation « raciale », la forme de domination ou de discrimination dénoncée par la critique contemporaine est une discrimination *systémique*. Le concept de « racisme institutionnel » a précisément été forgé « pour rendre compte de certains mécanismes aveugles, apparemment sans acteurs »¹⁴⁵⁹. Le racisme institutionnel peut donc être cumulé avec la neutralité des *intentions*. En revanche, il n'est pas neutre dans ses conséquences. Ce sont les conséquences qui permettent d'identifier le racisme institutionnel :

« Quand des terroristes blancs bombardent une église noire et tuent cinq enfants, il s'agit d'un acte de racisme individuel que l'on déplore dans presque toutes les sphères de la société. Mais quand, dans cette même ville [...] cinq cents bébés noirs meurent chaque année faute de nourriture, de logements, de soins médicaux, et quand des milliers d'autres sont marqués à jamais et mutilés dans leur corps, leur cœur et leur intelligence, à cause des conditions de misère et de discrimination infligées à la communauté noire, il s'agit alors de racisme institutionnel. »¹⁴⁶⁰

457. En raison du racisme institutionnel, la discrimination envers certaines catégories de la population subsiste alors même qu'il n'y aurait plus de volonté de discriminer. La discrimination résulte d'un effet de structure, détachable de l'intention des acteurs en faisant partie. Selon cette approche, « les couches sociales dominantes ne sont pas conscientes des mécanismes de leur domination et, à la limite, peuvent se permettre une bonne conscience compatible avec des convictions antiracistes »¹⁴⁶¹. La discrimination est « systémique » parce

¹⁴⁵⁶ Sur la distinction entre les notions de « racisme institutionnel » et de « discrimination systémique » : F. DHUME, « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société*, 2016, vol. 163, n° 1, pp. 33-46.

¹⁴⁵⁷ S. CARMICHAEL et C.V. HAMILTON, *Black Power: the politics of liberation in America*, New-York, Vintage Books, 1967.

¹⁴⁵⁸ M. WIEVIORKA, *Le racisme, une introduction*, Paris, La Découverte, 2013, p. 27.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴⁶⁰ S. CARMICHAEL et C.V. HAMILTON, *Black Power: the politics of liberation in America*, op. cit., p. 38, cité par X. DUNEZAT et C. GOURDEAU, « Le racisme institutionnel : un concept polyphonique », *Migrations Société*, 2016, vol. 163, n° 1, p. 15.

¹⁴⁶¹ M. WIEVIORKA, *Le racisme, une introduction*, op. cit., p. 29.

qu'elle n'est pas le fait uniquement des acteurs sociaux, mais du système politique, économique et social en lui-même. Ainsi, les failles de la Constitution *colorblind* dénoncées par la *Critical Race Theory* sont de ne pas prendre acte de cette discrimination systémique, et de ne pas être en mesure d'y remédier. La « race », chez les auteurs de la *Critical Race Theory*, est envisagée comme un groupe *culturellement uni par l'oppression subie par ses membres*. Pour D. Sabbagh, les *Crits* ont opéré une « culturalisation de la race »¹⁴⁶² :

« [...] dans le cadre de la CRT, du fait de l'amalgame commun entre groupe et catégorie allié à une dynamique de retournement du stigmat, prédomine très nettement *un attachement déclaré à la race*. Celle-ci n'apparaît plus principalement comme une étiquette désavantageuse imposée de l'extérieur pour légitimer un régime d'oppression restreignant l'autonomie des membres des groupes subordonnés. Elle est devenue le nom donné à la *communauté* constituée par l'expérience vécue de l'injustice et la résistance à son endroit »¹⁴⁶³.

La race est ainsi envisagée comme une construction sociale dynamique¹⁴⁶⁴, qui ne peut alors être envisagée par l'indifférence de l'État.

458. La *Critical Race Theory* mobilise le concept de « blanchité » (*whiteness*) qui caractérise « l'ensemble des privilèges associés à ceux qui en détiennent la propriété, à savoir les Blancs surtout – mais pas seulement ceux de statut aisé, masculin, hétérosexuel, catholique ou athée (selon les configurations socio-historiques) » en tant que ceux-ci « font l'objet d'un déni »¹⁴⁶⁵. La « blanchité » est alors une *ressource* qui confère aux Blancs des privilèges, et qui est « utilisée pour accomplir la volonté et exercer le pouvoir »¹⁴⁶⁶. La couleur blanche induirait alors des privilèges faussement éradiqués par l'État moderne. Si cette idée de privilège épistémique est radicale – et déclencha de nombreuses polémiques aux États-Unis – en ce qu'elle remet en cause l'acquis majeur de la modernité – l'abolition des privilèges – elle traduit l'essence de la *Critical Race Theory* : la domination blanche crée une rupture d'égalité que la neutralité passive de l'État n'est pas en mesure de compenser.

¹⁴⁶² D. SABBAGH, « De la déracialisation en Amérique », art. cit., p. 295.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 296.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 292. ; voir en particulier : C. HARRIS, « Whiteness as Property », in *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New-York, New Press, 1995, pp. 276-291. L'auteur analyse la manière dont l'esclavage a opéré la construction sociale de la « race ».

¹⁴⁶⁵ H. BENTOUHAMI et M. MÖSCHEL, *Critical race theory*, op. cit., p. 5.

¹⁴⁶⁶ C. HARRIS, « Whiteness as Property », art. cit., cité par H. BENTOUHAMI, *Race, cultures, identités : une approche féministe et postcoloniale*, coll. « Philosophies », n° 229, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, p. 58.

II. Une critique de l'insuffisance de l'égalité due à la domination blanche

459. Les auteurs de la *Critical Race Theory* remettent en cause l'effectivité de la mise en œuvre du principe de neutralité : ils soulignent l'insuffisance de la neutralité par abstention. En particulier, ils avancent que la neutralité vis-à-vis de la couleur ne suffit pas à mettre fin aux discriminations raciales, mais que, de plus, elle sert à *perpétuer* un racisme structurel. La *Critical Race Theory* s'inscrit donc dans les critiques contemporaines de la neutralité de l'État et du libéralisme politique car elle vise explicitement, à travers l'utilisation de concepts tels que la « race », la « blanchité », la *colorblindness*, à mettre en lumière et à dénoncer le racisme dans toutes ses formes, et notamment celles « qui revêtent les atours de la neutralité et de l'universalité »¹⁴⁶⁷. Les normes « neutres » seraient en réalité des normes « blanches », qui nécessitent alors pour la minorité noire de s'intégrer dans les pratiques culturelles « blanches »¹⁴⁶⁸. Pour G. Peller, la neutralité « représente la transcendance de la partialité et des préjugés »¹⁴⁶⁹. La neutralité libérale est alors envisagée comme une culture dominante, qui a pour conséquence d'assimiler les minorités noires à la culture dominante blanche, réduisant par-là leurs opportunités. Les *Crits* s'intéressent en effet aux *conséquences* de la neutralité vis-à-vis de la couleur. Ils utilisent la méthode particulière du narrativisme juridique (*legal storytelling*) afin de mettre en lumière les effets discriminants de la Constitution *colorblind*¹⁴⁷⁰. Le narrativisme juridique « constitue un instrument de contestation du droit *dans* le droit qui entend montrer comment les narrations des groupes minoritaires ont été exclues ou marginalisées dans le discours juridique dominant »¹⁴⁷¹. Le racisme, qui génère un sentiment d'injustice et d'oppression, a pour conséquence – selon les tenants de la *Critical Race Theory* – l'unification d'un groupe dont le trait commun est davantage ce sentiment d'oppression et d'injustice que la couleur en elle-même¹⁴⁷². La technique du narrativisme juridique a ainsi pour objectif de démontrer la situation dans laquelle se trouve la minorité noire. Certains auteurs « *crits* » dénoncent par ailleurs l'idée que la neutralité est un *prétexte* pour imposer la

¹⁴⁶⁷ H. BENTOUHAMI et M. MÖSCHEL, *Critical race theory*, op. cit., p. 5.

¹⁴⁶⁸ Par exemple, G. Peller explique que « les hypothèses profondément ancrées d'universalité et de neutralité culturelles ont soustrait à la critique la manière dont les institutions américaines reflètent les caractéristiques raciales et ethniques dominantes, avec pour conséquence que la réforme raciale s'est faite sur la base de l'intégration dans les pratiques culturelles "blanches" – des pratiques que de nombreux Blancs considèrent comme racialement neutres » (G. PELLER, « Race Consciousness », *Duke Law Journal*, 1990, vol. 1990, n° 4, p. 762 (traduction libre)).

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 775.

¹⁴⁷⁰ Sur l'utilisation du narrativisme juridique dans la *Critical Race Theory*, voir par exemple, pour une analyse en français : J. SAADA, « Récits et contre-récits dans le droit. Usages et critiques du narrativisme juridique dans la *Critical Race Theory* », *Droit et société*, 2021, n° 2, pp. 319-335.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 320.

¹⁴⁷² H. BENTOUHAMI et M. MÖSCHEL, *Critical race theory*, op. cit., pp. 5-6.

domination blanche, révélant alors une absence totale de neutralité des intentions. Par exemple, K. Crenshaw soutient que la neutralité culturelle est un prétexte pour imposer des « normes blanches » (*white norms*)¹⁴⁷³.

460. Le point de départ de la *Critical Race Theory* est donc la critique de la neutralité par abstention, et l'idée qu'elle traduit une forme de domination implicite de la majorité blanche sur la minorité noire. La *Critical Race Theory* ne se résume pas à la seule critique de la neutralité libérale : ce constat lui sert de point de départ à la remise en cause de la légitimité des institutions, et le mouvement vise, plus largement, à la « libération des personnes de couleur » et de « toutes les personnes opprimées »¹⁴⁷⁴. Pour cela, la majorité des *Crits* prônent l'abandon de la Constitution *colorblind* au profit d'une approche « *race-consciousness* »¹⁴⁷⁵. La lutte pour l'égalité et contre le racisme structurel ne peut s'arrêter à la conception passive de la neutralité assurant l'égalité formelle :

« La réalisation de l'égalité formelle n'est pourtant pas la fin de l'histoire. La hiérarchie raciale ne peut pas être éradiquée par l'adoption d'une neutralité de façade dans les lois qui structurent la vie économique, politique et sociale des Noirs. »¹⁴⁷⁶

La défense d'une approche *race-consciousness* invite donc à l'*abandon de la neutralité*, insuffisante pour lutter contre les discriminations raciales, car – en raison des discriminations explicites du passé – la neutralité par abstention traduit une domination :

« L'ancienne doctrine des “blancs uniquement”, qui date du XIX^e siècle, a été remplacée par celle des “blancs d'abord”. Cette évolution motive implicitement le combat pour l'égale dignité de nos vies et celles de nos enfants. »¹⁴⁷⁷

Ainsi, les *Crits* montrent que, si le principe de la *colorblindness* de la Constitution américaine dégagé en premier par le juge Harlan dans son opinion dissidente dans *Plessy c. Ferguson* a été, effectivement, un moment fondamental dans la lutte pour l'égalité, il n'a pas suffi à éradiquer l'oppression et la domination des minorités Afro-américaines par la majorité blanche, et est ainsi *insuffisant*, notamment dans ses *effets*, pour mettre fin à la discrimination et assurer l'égalité « raciale ». La neutralité « raciale » – telle qu'appliquée par le principe de

¹⁴⁷³ K.W. CRENSHAW, « Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, n° 7, p. 1379.

¹⁴⁷⁴ H. BENTOUHAMI et M. MÖSCHEL, *Critical race theory*, op. cit., p. 16.

¹⁴⁷⁵ R.D. BARNES, « Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship », *Harvard Law Review*, 1990, vol. 103, n° 8, pp. 1864-1871 ; G. PELLER, « Race Consciousness », art. cit.

¹⁴⁷⁶ K.W. CRENSHAW, « Race, Reform, and Retrenchment », art. cit., p. 1378 (traduction libre).

¹⁴⁷⁷ R.D. BARNES, « Race Consciousness », art. cit., p. 1866.

la *colorblindness* de la Constitution – fait obstacle à la résolution des inégalités et des discriminations.

461. Seule l’appréhension de la « race » comme groupe uni par l’oppression et le racisme résultant de la domination blanche peut contribuer à la réalisation de l’égalité. Pour D. Sabbagh, toutefois, les limites de la *Critical Race Theory* se trouvent dans la faiblesse des propositions permettant la « déracialisation » de la société américaine, c’est-à-dire de « venir à bout de la race en tant que matrice d’un désavantage “systémique”, en tant que source spécifique d’inégalités cumulatives et multisectorielles reflétées dans la distribution des biens sociaux, en tant que *stigma* préjudiciable à l’ensemble des personnes rattachées *nolens volens* aux groupes en question »¹⁴⁷⁸, et donc visant l’égalité d’opportunités entre les individus, quelle que soit leur couleur de peau. D. Sabbagh souligne que, du fait que les auteurs de la *Critical Race Theory* appréhendent la « race » comme une construction sociale, l’objectif visé devrait être le démantèlement de cette construction : or l’objectif principal de la *Critical Race Theory* est la critique du droit via le prisme de la « race ». Plusieurs auteurs affiliés à la *Critical Race Theory* ont toutefois émis des propositions visant à aboutir à l’égalité. Par exemple, N. Gotanda plaide « pour la reconnaissance d’un droit constitutionnel à la diversité culturelle » ; ou encore, A. Johnson Jr prône une approche communautarienne pour réformer la théorie constitutionnelle américaine¹⁴⁷⁹.

462. Indépendamment de la diversité des propositions témoignant de l’hétérogénéité du mouvement, les auteurs de la *Critical Race Theory* ont pour point commun de prôner l’abandon de la neutralité libérale telle qu’elle est mise en œuvre par la doctrine de la *colorblindness* de la Constitution. Cette nécessité est justifiée par la domination subie par la minorité noire en raison de la domination implicite et structurelle de la majorité blanche : en raison de cette domination, la minorité noire est culturellement assimilée à la majorité blanche, ce qui restreint son autonomie et sa possibilité de vivre en accord avec son identité et sa conception du bien, ainsi que sa liberté de choix. L’élément d’égalité – dont la mise en œuvre formelle est décriée – est ainsi au cœur de la critique « raciale » de la neutralité libérale : il prend une importance nouvelle en raison de la dénonciation de l’absence d’égalité réelle. Il est moins question pour l’État de rester en retrait de la sphère privée que d’assurer l’égalité effective des individus. La *Critical Race Theory* – et la critique postcoloniale de manière générale – témoigne ainsi du

¹⁴⁷⁸ D. SABBAGH, « De la déracialisation en Amérique », art. cit., p. 297.

¹⁴⁷⁹ J.-F. GAUDREAU-DES BIENS, « La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », art. cit., p. 586.

renversement de l'élément central relatif à la neutralité : l'élément de retrait cède face à l'impératif d'égalité.

463. Les réflexions relatives à la « race » sont similaires à celles développées quant au sexe – ou au genre. K. Crenshaw, auteure phare de la *Critical Race Theory*, a développé le concept d'*intersectionnalité*, qui recoupe différentes formes de domination¹⁴⁸⁰. L'*intersectionnalité* évoque ainsi les discriminations à l'égard d'une catégorie particulière – celle des femmes noires – en mettant en avant l'idée que cette catégorie serait doublement discriminée du fait à la fois de la condition de femme et de la race. Le mouvement du *Black Feminism* unit les deux formes de domination¹⁴⁸¹. L'*intersectionnalité* fait ainsi le lien entre les différentes formes de domination. La critique féministe forme toutefois également un courant à part dans la critique de la neutralité libérale, autour de la critique de la société *sexblind*, qui, comme la *Critical Race Theory*, met en lumière l'insuffisance de l'élément d'égalité pour assurer la neutralité, et la place centrale que celui-ci revêt dans l'acception contemporaine du principe.

§2. L'apport de la critique féministe dans la critique de l'insuffisance de l'élément d'égalité

464. La critique féministe rejoint sur plusieurs points la *Critical Race Theory*. D'abord, elle vise la critique de l'indifférence au sexe des citoyens – de la même manière que la *Critical Race Theory* critique l'indifférence à la couleur de peau. Par ailleurs, dans la philosophie politique, certains auteurs du courant féministe ont utilisé les critiques relatives à la race « afin de redéfinir les femmes, non pas comme un groupe naturel, mais comme une classe sociale

¹⁴⁸⁰ K. Crenshaw a introduit le concept d'*intersectionnalité* dans son article *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of color* : K.W. CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », in *The Public Nature of Private Violence*, New-York, Routledge, 1994, pp. 93-118. Pour la traduction française : K.W. CRENSHAW, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », *Cahiers du Genre*, 2005, vol. 39, n° 2, pp. 51-82.

¹⁴⁸¹ Sur le mouvement du *Black Feminism*, voir par exemple : E. DORLIN, *Black feminism : anthologie du féminisme africain-américain, 1975-2000*, coll. « Bibliothèque du féminisme », Paris, L'Harmattan, 2008. Par ailleurs, dans son article sur les catégories de « sexe » et de « race », E. Dorlin évoque les points de tension entre le mouvement féministe et le mouvement du *Black Feminism* : E. DORLIN, « De l'usage épistémologique et politique des catégories de « sexe » et de « race » dans les études sur le genre », *Cahiers du Genre*, novembre 2005, n° 2, pp. 83-105.

naturalisée »¹⁴⁸². Là où, dans la *Critical Race Theory*, le groupe n'est pas uni autour de la couleur mais de l'injustice et de l'oppression subies en raison du racisme structurel ; les femmes sont unies autour de ce même dénominateur commun – l'injustice et l'oppression résultant du sexisme structurel. Par ailleurs, la lutte pour les droits des femmes et des anciens esclaves s'est développée de manière concomitante. Aux États-Unis par exemple, dans les années 1960, les revendications des droits civiques ont pu faire l'objet d'une même demande de la part des groupes.

465. De la même manière que la *Critical Race Theory*, la critique féministe du libéralisme politique a la volonté de mettre en lumière le fait que l'universalisme abstrait, qui assure l'égalité formelle entre les hommes et les femmes, ne permet pas d'assurer l'égalité réelle entre les deux sexes. Elle souligne par-là l'insuffisance de l'exigence de retrait pour garantir l'élément d'égalité dans la neutralité, traduisant à la fois une conception contemporaine de l'égalité, et surtout, un renversement de l'élément central déterminant la neutralité de l'État : il ne peut y avoir de neutralité si l'égalité entre les individus dans la recherche de la vie bonne n'est pas effectivement garantie. La critique féministe présente, toutefois, une caractéristique particulière par rapport à la *Critical Race Theory*, car, comme le souligne W. Kymlicka, la particularité de la société *sex-blind* est que, contrairement à la couleur, une société ne peut jamais être totalement *sex-blind* : l'État prend nécessairement acte de la différence entre homme et femme sans que cela ne soit forcément discriminatoire, alors que la prise en compte de la couleur est forcément discriminatoire¹⁴⁸³. Malgré cette spécificité, la critique féministe est, au même titre que la *Critical Race Theory*, une critique du libéralisme de la neutralité (I) s'articulant autour de la critique de l'insuffisance de l'élément d'égalité ayant pour conséquence un manque de neutralité (II).

I. Les *Gender Studies* : une critique du libéralisme de la neutralité

466. Les *Feminist Studies*, et plus largement les *Gender Studies*, si elles recouvrent de nombreuses disciplines et champs d'étude, s'inscrivent dans la critique de l'insuffisance de la neutralité par abstention – en l'occurrence l'indifférence au sexe (*sexblind*) – pour assurer aux femmes la liberté de choix de conceptions du bien. Les auteurs phares et fondatrices de la

¹⁴⁸² E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualités : introduction à la théorie féministe*, coll. « Philosophies », Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 79.

¹⁴⁸³ W. KYMLICKA, *Les théories de la justice : une introduction : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes...*, coll. « La Découverte-poche », Paris, La Découverte, 2003, p. 258.

critique féministe – née aux États-Unis – sont notamment la philosophe J. Butler¹⁴⁸⁴ et l'historienne J. Scott¹⁴⁸⁵. Il faut toutefois opérer une distinction entre les *Women Studies* des universités américaines¹⁴⁸⁶, et les *Gender Studies*. Les *Women Studies*, qui voient le jour au début des années 1970¹⁴⁸⁷, s'attachent à la question de la femme et des expériences qui lui sont propres. Elles s'inspirent en particulier des travaux de J. Derrida et de M. Foucault. Avec l'ouvrage du J. Butler, *Défaire le genre*, le féminisme s'ouvre sur un champ plus large – celui du *genre* – et modifie profondément la pensée féministe par son éclatement entre les questions du sexe, du genre, de la sexualité et de l'intersectionnalité. Les *Gender Studies* « s'attachent au processus de définition du masculin et du féminin dans une société particulière, afin de comprendre comment les représentations du genre ont participé à la création des réalités économiques et sociales »¹⁴⁸⁸. Les *Gender Studies* ont été également mis en lien avec la pensée postcoloniale : dans son article fondateur du féminisme postcolonial, G. Spinak Chakravorty défend la nécessité de « décoloniser » le féminisme¹⁴⁸⁹.

467. Au sens général, le féminisme renvoie à « la conviction que les femmes ne devraient pas être désavantagées par leur sexe, qu'elles devraient être reconnues comme ayant une dignité humaine égale à celle des hommes, et qu'elles devraient avoir des opportunités de vivre une vie aussi épanouissante et librement choisie que celle des hommes »¹⁴⁹⁰. Toutefois, le féminisme revêt une pluralité de définitions : « [p]ersonne n'est en position d'avoir une vision globale du féminisme » ni « n'en possède une définition qui puisse demeurer incontestée »¹⁴⁹¹. La pensée féministe est, en effet, très hétérogène dans la philosophie politique, et certains auteurs opèrent, par ailleurs, dans un champ d'étude plus large que la seule philosophie politique¹⁴⁹² – le mouvement féministe étant pluridisciplinaire. Dans le champ de la philosophie politique, et de la critique du libéralisme politique, le féminisme s'intéresse au rôle de l'État dans la

¹⁴⁸⁴ En particulier ses ouvrages : J. BUTLER, *Trouble dans le genre : le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte, 2005 ; J. BUTLER, *Défaire le genre*, Paris, Amsterdam, 2016.

¹⁴⁸⁵ En particulier son article : J.W. SCOTT, « Gender : A Useful Category of Historical Analysis », *The American Historical Review*, décembre 1986, vol. 91, n° 5, pp. 1053-1075.

¹⁴⁸⁶ M.J. BOXER, *When women ask the questions: creating women's studies in America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1998.

¹⁴⁸⁷ Aux États-Unis, elles apparaissent notamment avec la parution de la revue *Signs : Journal of Women in Culture and Society* en 1975, et à l'université avec la création de cours relatifs aux femmes, par exemple le cours de S. Tobias à l'Université de Cornell en 1969.

¹⁴⁸⁸ L.L. DOWNS, « Les gender studies américaines », in M. MARUANI (dir.), *Femmes, genre et société*, coll. « Textes à l'appui / Hors-Série », Paris, La Découverte, 2005, p. 358.

¹⁴⁸⁹ G.C. SPIVAK, *Les subalternes peuvent-elles parler ?*, Paris, Amsterdam, 2009.

¹⁴⁹⁰ S.M. OKIN et al., *Is Multiculturalism Bad For Women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 10.

¹⁴⁹¹ J. BUTLER, *Défaire le genre*, op. cit., p. 201.

¹⁴⁹² W. KYMLICKA, *Les théories de la justice*, op. cit., p. 255.

légitimation des formes de violence faites aux femmes par la distinction entre la sphère publique et la sphère privée, remettant en cause le socle de la neutralité, et surtout, ses conséquences. Spécialiste des études féministes, L. Toupin distingue trois courants de pensée distinct au sein du féminisme : le courant modéré, « libéral-égalitaire », qui prône une vision universaliste de l'égalité homme-femme ; le courant marxiste qui inscrit la question féminine dans la perspective de la lutte des classes¹⁴⁹³, et le courant radical qui dénonce le patriarcat comme cause de l'oppression des femmes. Les féministes les plus « radicales » rejettent même la conception de la justice en termes d'égalité¹⁴⁹⁴. Le courant féministe est parfois lié au multiculturalisme¹⁴⁹⁵ : I. M. Young propose, par exemple, une synthèse des concepts¹⁴⁹⁶. Toutefois, une partie des féministes, à l'instar de S. M. Okin, a une vision très critique du multiculturalisme en raison de la tension potentielle entre les droits des femmes et les droits culturels¹⁴⁹⁷.

468. Les *Gender Studies* américaines se sont emparés de la distinction entre nature et culture pour penser le genre¹⁴⁹⁸, alors distingué du sexe biologique¹⁴⁹⁹. Ainsi pour J. Butler, « le genre est culturellement construit indépendamment de l'irréductibilité biologique qui semble attachée au sexe : c'est pourquoi le genre n'est ni la conséquence directe du sexe ni aussi fixe que ce dernier paraît »¹⁵⁰⁰. Le genre ne serait alors que culturel et non déterminé par le sexe biologique. Il renvoie à « l'institutionnalisation profondément enracinée de la différence sexuelle »¹⁵⁰¹ : il est socialement construit. Avec l'introduction du concept de genre, il a ainsi été possible « de rompre la relation de causalité communément supposée entre les corps sexués, et plus largement l'ordre “naturel” ou biologique, d'une part, et les rapports sociaux inégaux

¹⁴⁹³ Le lien entre le marxisme et le féminisme est notamment fait par C. MacKinnon, pour qui « la sexualité est au féminisme ce que le travail est au marxisme », et qui s'attache aux inégalités de *fait* (C.A. MACKINNON, *Le féminisme irréductible*, op. cit., p. 70). L'auteure est, toutefois, généralement rattachée au courant radical.

¹⁴⁹⁴ W. KYMLICKA, *Les théories de la justice*, op. cit., p. 264.

¹⁴⁹⁵ Voir *infra*, §498.

¹⁴⁹⁶ I.M. YOUNG, *Justice and the politics of difference*, op. cit.

¹⁴⁹⁷ S.M. OKIN, « Feminism and Multiculturalism: Some Tensions », *Ethics*, juillet 1998, vol. 104, n° 4, pp. 661-684 ; S.M. OKIN et al., *Is multiculturalism bad for women?*, op. cit. L'ouvrage comprend les réponses de plusieurs auteurs sur la compatibilité entre le féminisme et le multiculturalisme.

¹⁴⁹⁸ Toutefois, cette distinction est plus ou moins radicale selon les courants de pensées, et tous les courants féministes ne croient pas dans le fait que le genre soit une construction sociale. Sur ce point : P. MOTSCH, « “L'insoutenable légèreté” du genre : les trois féminismes paradigmatiques entre quête d'émancipation et poids de la fatalité », in M. DUBUY, P. MOTSCH et J. NOËL (dirs.), *Féminisme(s) et droit public*, coll. « Droit, politique et société », Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2015, pp. 29-79.

¹⁴⁹⁹ Le concept de genre a été inventé par le corps médical au début du XX^e siècle, et fut introduit dans la théorie féministe en 1972 par l'ouvrage *Sexe, Gender et Society* de la sociologue britannique A. Oakley. Sur « l'archéologie du genre », voir : E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualités*, op. cit., p. 33 et s.

¹⁵⁰⁰ J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 67.

¹⁵⁰¹ S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit., p. 29.

entre hommes et femmes, d'autre part »¹⁵⁰². C'est cette distinction entre genre et sexe, et l'affirmation selon laquelle le genre serait une construction sociale, et que la femme ne serait pas naturellement prédisposée aux tâches domestiques et aux fonctions familiales et reproductives, qui débouche sur une critique contemporaine de la neutralité du droit et de l'État : c'est la domination masculine et le patriarcat qui, sous couvert de neutralité, ont opprimé les femmes et les ont cantonnées dans ces tâches, et non leur biologie. La critique féministe défend alors l'idée selon laquelle la neutralité de l'État est biaisée car emprunte d'une vision sexiste, qui est la conséquence de l'inclusion tardive des femmes dans le cadre du Juste¹⁵⁰³. Au sein de la pensée féministe, deux arguments défendent principalement cette idée selon laquelle « la conception libérale-démocratique de la justice est partielle et sexiste (*male-biased*) » : la conception « sexuellement neutre » de l'inégalité de sexes et la distinction public-privé¹⁵⁰⁴. La critique féministe propose une lecture genrée des normes en vue de démontrer que la neutralité correspond à la masculinité, et qu'ainsi, les femmes sont désavantagées en termes d'opportunités. Il y a un effet excluant, voire aggravant, des règles « neutres », indiquant que la neutralité de l'État n'est pas neutre vis-à-vis du genre. L'État neutre serait un État masculin : dans l'élaboration du cadre du Juste, la question des femmes n'a « simplement pas [été] discutée »¹⁵⁰⁵. Il s'agit de critiquer « la misogynie intrinsèque de la neutralité libérale »¹⁵⁰⁶.

II. L'insuffisance de la neutralité-indifférence dans la garantie de l'égalité

469. Le point de départ de la critique féministe du libéralisme politique est la prise en compte « des inégalités substantielles entre les sexes [qui] existent encore dans notre société »¹⁵⁰⁷. La critique féministe du libéralisme dénonce le fait que le neutre correspond en réalité au masculin et que, de fait, la sphère publique n'est pas neutre vis-à-vis du genre. Cette neutralité biaisée découlerait, en premier lieu, de l'exclusion originelle des femmes du cadre du

¹⁵⁰² E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualités*, op. cit., p. 39.

¹⁵⁰³ S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit., pp. 278-279.

¹⁵⁰⁴ W. KYMLICKA, *Les théories de la justice*, op. cit., p. 256. W. Kymlicka centre son ouvrage sur trois arguments évoqués par le courant féministe : en plus des deux cités, il évoque un troisième argument qui « soutient que c'est l'insistance même sur la justice qui reflète cette partialité, et que seule une théorie qui mettrait l'accent sur la sollicitude (*caring*) plutôt que sur la justice saurait répondre aux intérêts et à l'expérience des femmes ».

¹⁵⁰⁵ S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit., p. 35 et s. L'auteure critique notamment la « fausse neutralité générique » (p. 38) des théories du libéralisme politique qui laisse croire qu'elles incluent les femmes alors même que « ces théories contemporaines de la justice, comme celles qui étaient issues du passé, se préoccupent des hommes dont les femmes sont à la maison » (p. 45).

¹⁵⁰⁶ C.A. MACKINNON, *Le féminisme irréductible*, op. cit., p. 131. L'auteure poursuit en expliquant qu'« [a]u cœur de la tolérance libérale, il y a un chantage sexuel très réel ».

¹⁵⁰⁷ S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit., p. 23.

Juste. L'exclusion des femmes des droits civils et politiques actait explicitement l'infériorité des femmes et la vision du Bien selon laquelle le rôle de la femme était exclusivement domestique. Cette exclusion originelle des femmes a eu pour conséquence, malgré la reconnaissance d'une égalité formelle, de restreindre leurs opportunités :

« Si un groupe est exclu de la participation à un certain type d'activité pendant assez longtemps, il est plus que probable que ce type d'activité va se développer de façon à renforcer cette exclusion par le biais d'une inadaptation structurelle. Nous savons bien que les femmes ont été empêchées d'accéder à un grand nombre de professions, ce qui veut dire que ces professions sont vraisemblablement désormais inadaptées aux femmes. L'exemple le plus manifeste de ce phénomène est l'incompatibilité de la plupart des emplois avec la maternité et l'éducation des jeunes enfants ; je suis fermement convaincue que si les femmes avaient participé pleinement à la gestion de la société dès le départ, elles auraient *trouvé* un moyen d'adapter le travail à leur fonction maternelle. Cette motivation fait défaut aux hommes, et nous en voyons bien le résultat. »¹⁵⁰⁸

La mise en œuvre de la neutralité par abstention à l'égard des femmes, via la reconnaissance de droits civils et politiques assurant l'égalité entre les hommes et les femmes, n'a pas permis aux femmes de bénéficier des mêmes opportunités que les hommes dans la recherche du Bien. La critique féministe met en lumière le fait que la vision de la femme qui a prédominé pendant des siècles, celle qui réduit la femme à sa fonction domestique, réduirait les opportunités des femmes contemporaines car le droit serait encore empreint de ses stéréotypes du passé. Elle s'attache donc à la description et à la dénonciation des discriminations systémiques et institutionnelles dont les femmes sont victimes. Mettre en œuvre la neutralité-indifférence sans prendre en compte l'exclusion originelle des femmes ne peut pas aboutir à la neutralité car cette posture de neutralité masque le désavantage structurel des femmes :

« Mais les femmes n'obtiendront pas l'égalité si elles commencent par laisser les hommes construire les institutions sociales en fonction de leurs intérêts, pour ensuite adopter une position de pure neutralité face aux candidats susceptibles de remplir les rôles définis par ces institutions. Que se passe-t-il dès lors que la définition de ces rôles est faite pour qu'ils s'adaptent mieux aux hommes, même dans des conditions de concurrence sexuellement neutre ? »¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁸ J.R. RICHARDS, *The sceptical feminist: a philosophical enquiry*, Harmondsworth, Penguin Books, 1984, pp. 113-114, cité par W. KYMLICKA, *Les théories de la justice*, op. cit., p. 259.

¹⁵⁰⁹ W. KYMLICKA, *Les théories de la justice*, op. cit., p. 258.

470. La critique de la neutralité biaisée en faveur des hommes est au cœur de la théorie de C. MacKinnon, appartenant à la frange « radicale » du courant féministe. Elle propose une théorie féministe de la domination, qu'elle oppose à l'« approche de la différence », qui est la théorie dominante de l'égalité entre les sexes¹⁵¹⁰. Elle rappelle que l'approche de la différence s'organise autour de deux moyens de parvenir à l'égalité : l'identité et la différence. L'identité – la plus importante – « est une injonction : soyez identiques aux hommes ; c'est celle de la neutralité de genre sur le plan doctrinal et de *la* norme unique sur le plan philosophique ». Le second moyen, l'égale reconnaissance de la différence « est appelée règle de l'avantage particulier ou de la protection spéciale sur le plan juridique et règle de la double norme sur le plan philosophique »¹⁵¹¹. La neutralité par abstention correspond donc à « l'identité » comme moyen de parvenir à l'égalité. Or, cette identité est calquée sur le masculin car elle est empreinte de stéréotypes sexistes et misogynes :

« La manière concrète dont l'homme est devenu la mesure de toute chose reste dissimulée. Avec la norme de l'identité, nous sommes restés mesurés par notre degré de conformité à l'homme, et notre égalité est jugée en fonction de notre proximité avec l'unité de mesure qu'il constitue. [...] La neutralité de genre (identité) n'est que la norme masculine [...]. »¹⁵¹²

Sa critique va au-delà de la neutralité par abstention car elle critique également l'égale reconnaissance des différences car avec celle-ci, « nous sommes mesurés par notre degré de non-conformité à l'homme et notre “être femme” est jugé en fonction de notre éloignement par rapport à lui », et cette « règle de protection spéciale (différence) est simplement féminine ». Dans les deux cas, « le masculin est la référence »¹⁵¹³. Pour C. MacKinnon, la neutralité de l'État sert de façade à la *domination* des hommes sur les femmes. Elle dénonce alors l'absence de neutralité des *intentions* de l'État, en démontrant que les normes « neutres » avantagent les hommes au détriment des femmes. Dans sa théorie de la domination, l'auteure veut montrer que la neutralité biaisée de l'universalisme abstrait n'a pas seulement pour effet de perpétuer les inégalités et les injustices subies par les femmes, mais surtout de *légitimer la domination masculine*, qui a pour conséquence de restreindre les opportunités des femmes. Il est ainsi nécessaire de déconstruire la neutralité libérale. Sa théorie de la domination s'oppose et se distingue tant de l'approche universaliste que de l'approche différencialiste (qui appartiennent

¹⁵¹⁰ C.A. MACKINNON, *Le féminisme irréductible*, op. cit.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁵¹² *Ibid.*, pp. 48-49.

¹⁵¹³ *Ibid.*

toutes deux à l'approche dominante de la différence). Pour C. MacKinnon, ce que traduit l'analyse de la société patriarcale est plus un problème de domination que de discrimination, car la domination masculine est telle que la discrimination (explicite) est inutile¹⁵¹⁴. En assignant la femme à des fonctions domestiques et maternelles en raison de stéréotypes de genre, la possibilité pour les femmes de poursuivre leur propre conception du bien n'est pas la même que celle des hommes. Les stéréotypes de genre « interfèrent avec les principes de liberté (autonomie individuelle) et de diversité (pluralisme culturel) en diminuant les perspectives de développement personnel »¹⁵¹⁵. Par le sexisme structurel, qui induit – à la manière du racisme structurel – une discrimination systémique, les femmes se verraient imposer la conception du bien des hommes : celle de cantonner les femmes à leur fonction maternelle et domestique. Elles n'ont pas, avec l'égalité formelle, la possibilité de choisir leur mode de vie :

« le droit sur l'égalité des sexes est incapable de nous apporter ce que nous voulons et dont la société nous prive en raison d'une condition de naissance : une chance d'avoir une vie productive, avec un niveau raisonnable de sécurité physique, de possibilité de nous exprimer, d'individuation, de respect minimal et de dignité »¹⁵¹⁶.

Parce qu'elle échoue à assurer l'égalité, la neutralité est biaisée en faveur du masculin et met donc en œuvre, de manière possiblement involontaire, une discrimination systémique à l'égard des femmes.

471. Ce constat aboutit, chez la majorité des féministes, à la remise en cause du socle de neutralité, constitué de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée et la non-intervention de l'État dans la sphère privée. Ainsi que l'observe C. Pateman, « la dichotomie entre le public et le privé [...] constitue, en fin de compte, l'essentiel des préoccupations féministes »¹⁵¹⁷. La remise en cause de la distinction public-privé n'est toutefois pas consensuelle dans la critique féministe du libéralisme politique. En effet, la frange libérale des féministes « accepte la division entre la sphère publique et la sphère privée et choisit de rechercher l'égalité prioritairement dans le domaine public »¹⁵¹⁸. Les auteurs s'inscrivant dans

¹⁵¹⁴ W. KYMLICKA, *Les théories de la justice*, op. cit., p. 262.

¹⁵¹⁵ D. ROMAN, « Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes” ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, coll. « À droit ouvert », Paris, Dalloz, 2013, p. 118.

¹⁵¹⁶ C.A. MACKINNON, *Le féminisme irréductible*, op. cit., pp. 45-46.

¹⁵¹⁷ C. PATEMAN, « Feminist Critiques of the Public/ Private Dichotomy », in S. BENN et G.F. GAUS (dirs.), *Public and Private in Social Life*, Londres, Croom Helm, 1983, citée par S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit., p. 338.

¹⁵¹⁸ S.M. EVANS, *Personal politics: the roots of women's liberation in the civil rights movement and the new left*, 1st éd., New-York, Knopf, 1979, p. 16, cité par W. KYMLICKA, *Les théories de la justice*, op. cit., p. 267.

la frange « radicale » ou la frange « multiculturaliste » remettent en revanche en cause cette distinction, alors appréhendée comme la cause des inégalités structurelles résultant des stéréotypes de genre ancrés dans le droit. Il s'agit de mettre en évidence les limites de l'égalité dans la sphère publique, en elle-même insuffisante pour assurer la neutralité de l'État vis-à-vis du genre. Chez les féministes radicales, la distinction public-privé est le cœur de la critique : la sphère domestique et intrafamiliale appartenant à la sphère privée, la distinction entre les deux sphères se fait le relai du sexisme structurel et ne permet pas d'assurer la neutralité de l'État. La remise en cause de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée correspond à une remise en cause du libéralisme politique en lui-même, et, par conséquent, du principe de neutralité de l'État tel qu'il a été théorisé depuis J. Locke.

472. S. M. Okin – qui s'identifie pourtant comme étant libérale¹⁵¹⁹ – conteste la séparation entre la sphère privée et la sphère publique, en particulier dans son ouvrage *Justice, genre et famille*¹⁵²⁰. La sphère familiale doit être prise en compte pour atteindre l'égalité : « à moins que la justice n'existe dans le cadre de la vie de la famille, les femmes ne seront pas en mesure d'obtenir l'égalité en politique, dans le monde du travail, ou bien encore dans un quelconque autre domaine »¹⁵²¹. S. M. Okin soutient que la distinction entre les deux sphères « est une construction erronée opacifiant la reproduction cyclique du modèle des inégalités entre les hommes et les femmes »¹⁵²². Il s'agit, plus précisément, de régler les *injustices* dans la sphère domestique et familiale. L'auteure met en évidence les inégalités résultant de cette distinction, qui est de plus particulièrement ambiguë¹⁵²³. La séparation public-privé est

¹⁵¹⁹ Elle se rattache à la *Théorie de la justice* de J. Rawls, malgré la critique qu'elle lui oppose. Voir en particulier : S.M. OKIN, « Political Liberalism, Justice, and Gender », *Ethics*, 1994, vol. 105, n° 1, pp. 23-43.

¹⁵²⁰ S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit. Sa première publication aux États-Unis date de 1989. Voir aussi ses précédents articles : S.M. OKIN, « Justice and Gender », *Philosophy & Public Affairs*, 1987, vol. 16, n° 1, pp. 42-72 ; S.M. OKIN, « Reason and Feeling in Thinking about Justice », *Ethics*, 1989, vol. 99, n° 2, pp. 229-249.

¹⁵²¹ S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit., p. 25.

¹⁵²² *Ibid.*, p. 239.

¹⁵²³ S.M. OKIN, « Le genre, le public et le privé », in *Genre et politique. Débats et perspectives*, coll. « Folio Essais », n° 370, Paris, Gallimard, 2000, pp. 348-351. L'auteure souligne en particulier deux ambiguïtés dans la distinction entre le public et le privé : « La première ambiguïté vient du fait que la terminologie du public et du privé est utilisée pour indiquer au moins deux distinctions conceptuelles importantes, dont chacune comporte plusieurs variantes : la distinction "public/privé" se réfère à la fois à la distinction entre l'État et la société (comme dans le sens propriété publique et propriété privée), et à la distinction entre vie non domestique et vie domestique. Dans chacune de ces dichotomies, l'État correspond (par définition) au public, et la famille, la vie domestique et la vie intime (par définition) au privé. La différence cruciale entre les deux dichotomies est que le domaine socio-économique intermédiaire (ce que Hegel appelait la "société civile") est dans le premier cas compris dans la catégorie du "privé", tandis que dans le deuxième, il est inclus dans la catégorie du "public". [...] En second lieu, on trouve une ambiguïté même à l'intérieur de la dichotomie public/domestique. [...] La recherche féministe a montré que les droits politiques, ainsi que les droits relatifs à la conception moderne et libérale de l'intimité et de la vie privée, ont été proclamés comme étant souvent, et explicitement, supposé être un individu masculin adulte et chef de famille [note de bas de page supprimée]. Les droits qui protègent ces individus-là de l'intrusion de l'État, de l'Église ou de l'indiscrétion des voisins, incluaient ainsi le droit de contrôler sans ingérence les autres membres

empreinte des « pratiques et théories patriarcales du passé », ce qui a « de sérieuses conséquences pratiques, particulièrement pour les femmes » du fait de la division sexuée du travail par le passé¹⁵²⁴. Pour cette raison, la neutralité libérale de l'État perpétue les anciens stéréotypes « en ignorant la famille, en particulier la division du travail dans la famille, les relations de dépendance économique, ainsi que sa structure de pouvoir »¹⁵²⁵. Il s'agit donc d'une remise en cause explicite de la neutralité par abstention en raison de ses conséquences sur les femmes, en termes d'inégalité dans la poursuite du Bien, mais également quant à la « pleine protection [pour l'individu] de sa personne et de sa propriété » notamment en raison des violences domestiques¹⁵²⁶. De la même manière, la féministe « radicale » C. MacKinnon relève que le droit à la vie privée peut entrer en conflit avec la perspective d'égalité demandée par les féministes, car il fait obstacle à l'intervention de l'État dans la sphère domestique¹⁵²⁷. Selon C. MacKinnon, la séparation public-privé a pour conséquence de laisser les femmes en dehors de tout pouvoir de l'État, perpétuant par-là la domination des hommes sur les femmes, ce qui a pour conséquence que cette séparation ne permet pas la neutralité de l'État vis-à-vis du genre. La sphère domestique est et doit être *politique* pour les féministes, car son caractère *apolitique* dans la théorie libérale a pour conséquence de laisser perdurer des situations de domination et d'inégalités. Si la sphère privée est apolitique, l'État se fait le complice des rapports de domination. La séparation entre les sphères ayant pour conséquence de perpétuer la domination masculine, elle doit être remise en cause. La famille – plus généralement la sphère domestique et familiale – doit relever du Juste et du Bien, car son absence du cadre du Juste a pour conséquence de réduire l'égalité entre les hommes et les femmes dans la poursuite du Bien. Ainsi, S. M. Okin défend la nécessité de rattacher la famille et le genre à la « position originelle » de J. Rawls. Comme C. MacKinnon, S. M. Okin met en évidence l'absence de neutralité dans les *conséquences* de la séparation entre la sphère publique et la sphère domestique : les injustices et les inégalités subies par les femmes. La famille est, pour les féministes, *politique* – ainsi que le formule le slogan repris par la plupart des féministes : « le personnel est politique ». Dans la critique féministe, « [l']idée libérale de la non-intervention de l'État dans la sphère domestique renforce les inégalités qui existent dans cette sphère, plutôt qu'elle ne maintient sa neutralité »¹⁵²⁸. La non-intervention est *faussée* par les siècles

de leur sphère privée – ces membres qui, de par leur âge, leur sexe ou leur condition de servitude, étaient considérés comme devant être contrôlés par ces individus et comme appartenant à *leur* sphère privée ».

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 350.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 352.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, pp. 378-379.

¹⁵²⁷ C.A. MACKINNON, *Le féminisme irréductible*, op. cit., p. 131 et s.

¹⁵²⁸ S.M. OKIN, « Le genre, le public et le privé », art. cit., p. 375.

d'intervention visant à restreindre les droits des femmes¹⁵²⁹ : c'est un *mythe* renforçant la domination masculine car l'État intervient déjà dans la vie familiale¹⁵³⁰.

473. La remise en cause de la distinction public-privée correspond à une remise en cause du libéralisme politique, en tant que celui-ci repose sur cette distinction. Or, la distinction public/privé « trouve ses racines dans la culture et les pratiques sociales du patriarcat et ne peut perdurer que si l'on pense que l'ère du patriarcat est révolue »¹⁵³¹. La mise en œuvre de la neutralité de l'État par cette séparation et la non-intervention de l'État dans la sphère domestique font obstacle à l'élément d'égalité inhérent au principe. Le retrait de l'État de la sphère privée réduit les opportunités des femmes dans la recherche de la vie bonne.

474. Conclusion de section. Un État qui ne garantit pas l'égalité entre les individus dans leur recherche du Bien ne peut prétendre être neutre : tel est le cœur de la critique contemporaine de la neutralité. L'égalité devient l'élément central du principe de neutralité, et nécessite de renoncer à l'élément de non-intervention – ce dernier étant insuffisant à garantir l'égalité. La *Critical Race Theory* ainsi que la critique féministe permettent de montrer ce renversement de l'élément central de la neutralité, car la critique de la neutralité libérale que ces mouvements proposent est tout entière tournée vers l'insuffisance de l'égalité réelle pour permettre aux individus de vivre en accord avec leur conception du bien. Les rapports de domination sexuelle et raciale doivent être pris en compte pour assurer de manière effective la neutralité de l'État, celle-ci étant – avec la non-intervention de l'État – biaisée en faveur de la majorité masculine et blanche.

¹⁵²⁹ S.M. OKIN, *Justice, genre et famille*, op. cit., p. 278 et s.

¹⁵³⁰ F.E. OLSEN, « The Myth of State Interventions in the Family », *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1985, vol. 18, pp. 835-864.

¹⁵³¹ S.M. OKIN, « Le genre, le public et le privé », art. cit., p. 388.

CONCLUSION DU CHAPITRE

475. La neutralité libérale de l'État, mise en œuvre par la non-intervention de l'État et l'indifférence aux différences, présente de nombreuses failles. Plusieurs critiques du libéralisme politique ont mis en lumière ses différentes limites, et l'idée que la neutralité représente une forme de *domination* de la majorité sur les minorités. D'abord, en raison de la difficulté d'étendre la neutralité à la sphère culturelle : l'histoire de la modernité politique, et en particulier son lien avec la colonisation, a eu pour conséquence une neutralité « à double vitesse » de l'universalisme abstrait. L'élaboration du cadre du Juste et son extension au-delà du monde occidental n'étaient alors pas neutres : il s'agissait d'établir une uniformité culturelle dans les territoires colonisés. Par ailleurs, le fait que l'universalisme abstrait ait exclu de nombreux pans de la population des droits civils et politiques a eu pour effet, malgré leur inclusion progressive, un déséquilibre dans l'égalité réelle des individus – la neutralité s'étant incarnée dans l'*ethos majoritaire*.

476. Les différentes critiques opposées au libéralisme par abstention, qui déconstruisent les principes libéraux afin de mettre en lumière les processus de domination, soulignent la lacune de la neutralité par abstention : l'élément d'égalité. L'élément d'égalité est désormais central dans la mise en œuvre du principe de neutralité de l'État, et son importance a pour conséquence de remettre en cause l'élément de non-intervention, insuffisant pour garantir l'égalité réelle entre les individus. Les différentes critiques opposées au libéralisme politique ont ainsi fait apparaître une conception plus contemporaine de la neutralité de l'État, destinée avant tout à garantir l'égalité réelle des individus dans leur recherche de la vie bonne. La neutralité-indifférence n'étant pas adaptée à la garantie de l'égalité réelle, l'intervention de l'État est apparue être la solution pour garantir l'égalité et la liberté, à travers la reconnaissance des différences.

Chapitre 2. De la critique de la neutralité-indifférence à la promotion de la neutralité-reconnaissance

« La tolérance n'ignore pas les critères, mais n'en a pas de définitifs. Elle est, en tant qu'accomplissement positif de la reconnaissance elle-même en mouvement, se trompant et tombant juste, toujours à conquérir. »

Karl Jaspers¹⁵³²

478. L'État libéral moderne s'est construit en suivant un idéal de non-intervention : la séparation entre l'État et la société civile était appréhendée comme une garantie de la liberté des individus. Les « assauts répétés contre la démocratie libérale »¹⁵³³ ont toutefois mis en lumière les failles de la neutralité-indifférence, alors remise en cause en raison de l'assimilation opérée par l'universalisme abstrait des minorités à la majorité. La neutralité libérale a donc, une nouvelle fois, été l'objet de nombreuses critiques dues à son caractère non-neutre. Prenant le contrepied du modèle libéral de retrait de l'État de la sphère privée, le multiculturalisme, en tant que philosophie politique, propose au contraire une philosophie de la *reconnaissance*. La théorie multiculturaliste part du postulat qu'il *appartient à l'État d'intervenir pour remédier aux failles de la neutralité libérale*, proposant ainsi une réactualisation du libéralisme politique. Le multiculturalisme est, pour certains, « apparu comme l'abolition des privilèges dont jouissait la culture euraméricaine avec tout ce qu'elle comporte d'homogénéisant, de marginalisant, d'exclusif »¹⁵³⁴. En ce sens, il s'est nourri des multiples critiques du libéralisme politique. Au-delà d'une critique du libéralisme politique, le multiculturalisme libéral a la particularité de proposer une *redéfinition* de celui-ci et un *modèle alternatif à la neutralité par abstention*. Il

¹⁵³² K. JASPERS, *Situation spirituelle de notre époque*, Paris, Desclée de Brouwer, 1950 [1931].

¹⁵³³ L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine : démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », [Sainte-Foy, Québec] ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, p. 16.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, p. 12.

prône la reconnaissance de droits collectifs aux groupes. Il a alors pour objectif de lutter contre les injustices et l'oppression de la majorité – y compris dans ses formes les plus subtiles – et pour l'égalité réelle et, au même titre que la critique socialiste, l'égalisation des conditions. Le multiculturalisme doit ainsi être envisagé comme une réponse aux échecs de la neutralité libérale, en particulier sur la question de l'extension de la neutralité religieuse à la neutralité culturelle¹⁵³⁵. Le « mouvement multiculturaliste » s'entend alors « comme la reconnaissance de la légitimité des pratiques culturelles minoritaires dans les sociétés plurielles »¹⁵³⁶. Bien que sa définition sociologique puisse renvoyer uniquement au fait multiculturel¹⁵³⁷, le terme de multiculturalisme sera employé ici dans son versant philosophico-politique¹⁵³⁸, en tant que celui-ci correspond à la revendication d'une « reconnaissance politique équitable de toutes les collectivités culturelles »¹⁵³⁹, c'est-à-dire à la défense philosophique de la reconnaissance.

479. Si le débat autour du multiculturalisme apparaît dans les années 1970¹⁵⁴⁰, il devient un thème important à partir des années 1980, en particulier en Amérique du Nord¹⁵⁴¹ et au Royaume-Uni¹⁵⁴². À l'instar du libéralisme politique, le multiculturalisme se présente comme une réponse au fait du pluralisme¹⁵⁴³, qui « désigne habituellement le constat empirique trivial

¹⁵³⁵ Sur ce point : S. GUERARD DE LATOUR, « Justice et multiculturalisme libéral : Ambiguïté et écueil du modèle de la tolérance religieuse », *Éthique, politique, religions*, 2017, n° 11, pp. 35-51.

¹⁵³⁶ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 14.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 9. L'auteur distingue, au regard de la littérature académique, trois définitions distinctes du multiculturalisme : la définition « sociologique », qui « désigne l'hétérogénéité ethnique, culturelle et religieuse d'un pays » ; la définition « philosophique », qui « renvoie à la valorisation de [la] diversité dans une perspective de justice sociale », et enfin une définition relative au « domaine institutionnel », qui « se réfère aux programmes politiques qui découlent » de la définition philosophique.

¹⁵³⁸ Le versant purement politique, avec des exemples concrets, sera abordé dans les chapitres suivants comme exemple de mise en œuvre de la neutralité des conséquences. La politique multiculturaliste « a pour but de promouvoir l'égalité de traitement entre les divers groupes culturels composant la nation, dont on reconnaît publiquement la dignité » (D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, coll. « Grands repères », Paris, La Découverte, 2016, p. 154).

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ Pour un historique du terme « multiculturel », voir : « Multicultural », *Oxford English Dictionary*, X, Oxford, Clarendon Press, 1989.

¹⁵⁴¹ D. LACORNE, *L'invention de la république : le modèle américain*, coll. « Pluriel », n° 8569, Paris, Hachette, 1991 ; D. LACORNE, « Aux origines du multiculturalisme américain. Le pluralisme ou la Kultur Klux Klan ? », *Le Débat*, 2015, vol. 186, n° 4, pp. 20-32.

¹⁵⁴² A. MASON, « The critique of multiculturalism in Britain: integration, separation and shared identification », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2018, vol. 21, n° 1, pp. 22-45 ; R.T. ASHCROFT, « Multiculturalism in contemporary Britain: policy, law and theory », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2018, vol. 21, n° 1, pp. 1-21.

¹⁵⁴³ Le « pluralisme » est envisagé ici en tant que fait et non en tant que théorie politique, c'est-à-dire au sens de constat de « la tendance naturelle au désaccord raisonnable » (C. LARMORE, « Le “nous” moral que nous sommes », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 219-234). Dans cet article, C. Larmore évoque la confusion autour du terme de « pluralisme ». Selon lui, il renvoie à une notion distincte de « la tendance naturelle au désaccord raisonnable », le pluralisme correspondant alors à l'idée qu'il y a plusieurs doctrines du Bien et du Juste, et donc que « la valeur elle-même, c'est-à-dire le juste et le bien, n'a pas une source unique » mais « fait plutôt preuve d'une hétérogénéité radicale, s'exprimant dans une multiplicité irréductible de principes et d'idéaux » (p. 220)). Pour D. Weinstock, le pluralisme désigne d'abord « les théories politiques, ayant trait à la justice sociale, qui se

selon lequel les individus ont des croyances évaluatives plurielles plus ou moins structurées en doctrines morales, religieuses, philosophiques ou autres »¹⁵⁴⁴. Le multiculturalisme renvoie alors à une « manière d'appréhender le pluralisme culturel »¹⁵⁴⁵. De fait, en dehors de quelques rares exceptions, telles que l'Islande, les États contemporains sont des États multiculturels, au sens où leurs populations ne sont pas homogènes tant sur les différentes ethnies les composant que sur les cultures dans lesquelles s'inscrivent les individus et les croyances auxquelles ils adhèrent. De ces individus et de ces groupes revêtant des particularismes ethnoculturels ou socioculturels par rapport à la majorité, ont émergé des demandes de reconnaissance, afin que l'État prenne en compte leurs différences. La philosophie du multiculturalisme, prenant acte de cette diversité caractéristique de la modernité, s'envisage comme une réponse à la question de la coexistence pacifique des individus et des groupes aux croyances distinctes, quand celle du libéralisme politique était la neutralité-indifférence de l'État. Pour J. Raz, le « cœur du problème du multiculturalisme » est celui du pluralisme des valeurs¹⁵⁴⁶. Le point de départ de la tentative multiculturaliste d'articuler la prise en compte des différences et le socle libéral est *sociologique* : les failles du libéralisme politique ont été mises en avant dans la réalité sociale. Le multiculturalisme part des difficultés causées par la coexistence de différents groupes, non résolus par la neutralité par abstention, sur lesquelles s'affrontent minorités et majorité, ainsi que le résume W. Kymlicka dès les premières lignes de son introduction à *La citoyenneté multiculturelle* :

« Cette diversité induit toute une gamme de problèmes graves, source potentiel de divisions. Minorités et majorités s'affrontent ainsi de plus en plus souvent autour de questions relatives aux droits linguistiques, à l'autonomie régionale, à la représentation politique, au cursus scolaire, aux revendications territoriales, aux politiques d'immigration et de naturalisation ou bien encore aux symboles de la nation : l'hymne national ou les jours fériés, par exemple. »¹⁵⁴⁷

Le multiculturalisme a ainsi pour objectif d'apporter une réponse à ces problèmes : il répond à ce que W. Kymlicka nomme la « politisation de la culture »¹⁵⁴⁸ ou la « politisation de

donnent comme exigence première de permettre, voir même de promouvoir, la coexistence entre groupes se distinguant par leurs formes de vies différentes » (D. WEINSTOCK, « Le défi du pluralisme », *Lekton*, 1993, vol. 3, n° 2, p. 8).

¹⁵⁴⁴ R. MERRILL, « Pluralisme et libéralisme : incompatibles ? », art. cit., p. 124.

¹⁵⁴⁵ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 34.

¹⁵⁴⁶ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit, p. 171 (traduction libre).

¹⁵⁴⁷ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 9.

¹⁵⁴⁸ W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », art. cit.

la diversité ethnoculturelle »¹⁵⁴⁹, c'est-à-dire la demande des minorités d'une « plus grande reconnaissance publique de leur identité distincte ainsi [que d'une] plus grande liberté et opportunité de conserver et développer leurs pratiques culturelles distinctes »¹⁵⁵⁰. Il s'appuie donc sur les insuffisances du libéralisme politique à penser la diversité culturelle.

480. La question des différences était au cœur du débat, aujourd'hui essoufflé, entre libéraux et communautariens¹⁵⁵¹. Contre la neutralité des institutions et l'indifférence de l'État aux différences et aux groupes, les communautariens défendaient la nécessité d'une reconnaissance des groupes et d'une prise en compte des différences. De là, s'en est suivie une opposition de principe entre reconnaissance des différences et neutralité de l'État : l'affirmation des différences était considérée comme contraire aux principes libéraux des sociétés contemporaines¹⁵⁵². Or, le renouveau de la problématique des différences avec la percée de la philosophie multiculturaliste pose une nouvelle fois la question de la compatibilité entre la neutralité de l'État et la reconnaissance des différences. Les exigences relatives à la neutralité de l'État dans les démocraties libérales sont remises en question par les revendications minoritaires relatives à la reconnaissance des différences. Celle-ci est, par nature, opposée à l'universalisme qui s'est imposé dès les débuts de l'État moderne. Le multiculturalisme peut ainsi se comprendre comme une réaction à la logique universaliste majoritairement présente dans les démocraties libérales. Or, l'universalisme étant assimilé à la neutralité de l'État, se pose désormais la question de ce qu'il advient de la neutralité avec la montée de la philosophie de la reconnaissance. La reconnaissance des différences, qui passe notamment par la reconnaissance de droits aux groupes, pose la question ainsi formulée par A. Policar :

« [...] l'affirmation des différences est-elle contraire aux principes sur lesquels se sont édifiées les sociétés démocratiques ou, au contraire, constitue-t-elle un approfondissement de la dynamique égalitaire de celles-ci ? »¹⁵⁵³

Dans le même sens, pour P. Savidan, l'une des principales questions relatives à la philosophie du multiculturalisme est celle « de savoir si cette nouvelle politique de la reconnaissance nous renvoie à une configuration éthique “prémoderne”, ou si elle correspond

¹⁵⁴⁹ W. KYMLICKA, « Démocratie libérale et droits des cultures minoritaires », in F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGE (dirs.), *Pluralisme, citoyenneté & éducation*, coll. « Éthikè », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1996, p. 25.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵⁵¹ Voir *supra*, § 172 et s.

¹⁵⁵² A. MACINTYRE, *Quelle justice ?*, *op. cit.* ; M. SANDEL, *Le libéralisme et les limites de la justice*, *op. cit.* ; C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, *op. cit.*

¹⁵⁵³ A. POLICAR, « Pluralisme et neutralité de l'État », *Revue du MAUSS*, 2011, vol. 2, n° 38, pp. 485-497.

à un approfondissement légitime du projet d'égalisation des conditions »¹⁵⁵⁴. La dimension d'égalité représentant l'une des composantes de la neutralité, mais également son objectif, la question qui se pose dans le débat opposant libéralisme politique et multiculturalisme est celle de savoir si l'intervention de l'État qu'implique le multiculturalisme est compatible avec l'idéal de neutralité de l'État.

481. Le principe de neutralité de l'État implique que l'État ne favorise ou ne défavorise aucun individu ou groupe d'individus. Par conséquent, dans la mesure où elle suppose la neutralité de la structure de base de l'État, c'est-à-dire ses aspects constitutionnels et ses grandes politiques économiques et sociales, la neutralité de l'État semble interdire la reconnaissance de groupes spécifiques, et l'adaptation du droit à la diversité de ces groupes. L'État neutre ne prend pas en compte les identités particulières des individus car c'est précisément sa neutralité qui permet la cohésion d'une pluralité d'identités et de conceptions du bien. Comme le rappelle A. Gutmann dans son introduction à l'ouvrage de C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, dans le libéralisme politique, ce serait précisément « l'insuffisance de notre identification par les institutions au service du public, le caractère impersonnel de ces mêmes institutions, [qui] constituent le prix que les citoyens devraient accepter de payer pour vivre dans une société qui nous traite tous en égaux, sans tenir compte de nos particularités ethniques, religieuses, raciales ou sexuelles » et qu'il « s'ensuit que les institutions publiques n'ont ni besoin ni même obligation de chercher à reconnaître nos spécificités culturelles lorsqu'elles nous traitent en citoyens libre et égaux »¹⁵⁵⁵. L'État neutre, selon cette conception du libéralisme, n'aurait ainsi pas à reconnaître les différences. L'intervention de l'État au profit de certaines minorités peut être assimilée à une prise de parti et à une rupture de son devoir d'impartialité car « en soutenant un groupe, il prend parti et cesse d'être impartial »¹⁵⁵⁶.

482. Toutefois, au sein du courant libéral, plusieurs auteurs – tels que W. Kymlicka, J. Raz¹⁵⁵⁷ ou encore C. Taylor – soutiennent que la tradition libérale peut s'accommoder de la reconnaissance des différences, et que celle-ci est nécessaire pour permettre à tous les individus de poursuivre de manière *égalitaire* leurs modes de vie, leurs croyances, leurs conceptions du

¹⁵⁵⁴ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 42.

¹⁵⁵⁵ A. GUTMANN, « Introduction », in *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2009, pp. 14-15.

¹⁵⁵⁶ J. SAADA-GENDRON, « La tolérance et les limites de la souveraineté », art. cit., p. 9.

¹⁵⁵⁷ J. RAZ, « Multiculturalism », *Ratio Juris*, 1998, vol. 11, n° 3, pp. 193-205 ; J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit.

bien¹⁵⁵⁸. Il s'agit alors de passer « de la tolérance à la reconnaissance »¹⁵⁵⁹. La reconnaissance des différences vise à répondre aux failles de l'universalisme et de l'assimilation des identités. En ce sens, puisque l'indifférence aux différences a montré ses limites – une neutralité *biaisée* – la reconnaissance des différences permettrait, au contraire, d'*approfondir* l'idéal de neutralité de l'État. L'exigence de neutralité implique, en effet, l'impartialité de l'État quant aux différentes croyances et conceptions de la vie bonne. Or, le fait pour l'État de reconnaître les différences n'implique pas nécessairement un jugement de valeur de sa part. Ainsi, il ne s'agira pas ici d'entrer dans le débat du modèle le plus respectueux de la liberté et de l'égalité entre multiculturalisme et libéralisme, ni d'exposer les différentes critiques du multiculturalisme¹⁵⁶⁰, mais d'étudier la pérennité de la neutralité dans le modèle supposément alternatif à celui du libéralisme de la neutralité. Il s'agira ainsi de démontrer que, non seulement la reconnaissance des différences n'est pas inconciliable avec l'idéal de neutralité, mais surtout qu'elle permet l'approfondissement de l'élément d'égalité indétachable de celui-ci, à travers l'apparition d'une forme « contemporaine » de neutralité : la neutralité des *conséquences*. En effet, si les revendications minoritaires semblent s'opposer à la neutralité, elles ne s'opposent en réalité qu'à la neutralité *passive*, caractérisé par l'élément de *retrait* de l'État. Le multiculturalisme, comme le libéralisme de la neutralité, exclut que l'État prenne parti pour une conception du bien. Il ne s'oppose donc pas frontalement au principe de neutralité, mais correspond à une forme spécifique – la neutralité des conséquences – caractérisée par l'élément *d'égalité* dans la recherche de la vie bonne. La critique multiculturaliste de la neutralité de l'État – tout comme la plupart des autres critiques contemporaines de la neutralité étudiées dans le chapitre précédent – a mis en évidence les failles de la *mise en œuvre* de la neutralité, et non du concept en lui-même. Le multiculturalisme étudié dans le cadre de ce travail – ce courant de pensée n'étant évidemment pas homogène¹⁵⁶¹ – est donc intrinsèquement *libéral* : il s'agit, en premier lieu, de garantir au mieux la liberté et l'égalité des individus.

483. Ainsi, le courant multiculturaliste se distingue du courant adhérent à la neutralité libérale, car il repose sur la philosophie de la *reconnaissance*, qui s'oppose au retrait et à l'indifférence de l'État quant aux conceptions du bien et à leurs relégations dans la sphère

¹⁵⁵⁸ C'est également la position de I. M. Young, qui veut concilier multiculturalisme et féminisme : I.M. YOUNG, *Justice and the politics of difference*, op. cit.

¹⁵⁵⁹ M. SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, Montréal, Boréal, 2008.

¹⁵⁶⁰ B. BARRY, *Culture and equality : an egalitarian critique of multiculturalism*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2002. Dans cet ouvrage, B. Barry présente les différentes critiques opposables à la philosophie du multiculturalisme. Voir aussi : J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 182 et s.

¹⁵⁶¹ F. FISTETTI, *Théories du multiculturalisme*, op. cit.

privée, en tant que la reconnaissance nécessite l'*intervention* de l'État en vue de reconnaître les différences dans une perspective égalitaire (**Section 1**).

484. Néanmoins, le multiculturalisme poursuit un objectif de neutralité libérale, tout en redéfinissant ses contours et sa mise en œuvre. Il vise un objectif de neutralité-reconnaissance, qui correspond à une mise en œuvre active de la neutralité : la neutralité des conséquences. Le multiculturalisme témoigne ainsi du passage de la neutralité-indifférence à la neutralité-reconnaissance (**Section 2**).

SECTION 1. LA RECONNAISSANCE DES DIFFERENCES COMME ALTERNATIVE A LA NON-INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS LA SPHERE DU BIEN

485. Le multiculturalisme propose une réponse à la question « de savoir comment l'État doit réagir face aux revendications susceptibles d'émaner de groupes culturels minoritaires cherchant à assurer les conditions institutionnelles de leur survie et de leur épanouissement »¹⁵⁶². Il soumet ainsi un modèle alternatif à la neutralité libérale, fondée sur la reconnaissance des différences. Au-delà du fait pluraliste et de son accroissement dans les sociétés contemporaines, le multiculturalisme est également le fruit d'une évolution dans la manière d'appréhender l'identité¹⁵⁶³. Dans leur ouvrage *Alter Ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*¹⁵⁶⁴, S. Mesure et A. Renaut¹⁵⁶⁵ analysent cette évolution et les conséquences de celle-ci sur les différents courants de pensée. Ils retracent l'histoire de la notion d'identité et expliquent notamment le rapport contemporain entre identité et différences¹⁵⁶⁶. L'évolution de la notion d'identité a eu des conséquences sur la manière dont les États contemporains appréhendent les différences :

« Nous sommes ainsi entrés, depuis quelques décennies, dans une phase nouvelle. Après que la modernité eut substantialisé la différence et conduit, pour penser les relations entre les êtres sous le signe de l'égalité (notamment sous le signe de l'égalité des droits comme droits de l'homme), à inscrire le rapport entre les sexes, entre les cultures, voire entre les âges de la vie dans le registre de la

¹⁵⁶² D. WEINSTOCK, « La problématique multiculturaliste », in A. RENAUT (dir.), *Histoire de la philosophie politique. Tome IV, Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 450.

¹⁵⁶³ Pour C. Taylor notamment, c'est la « notion moderne d'identité » qui « a donné naissance à une politique de la différence » (C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2009, p. 57).

¹⁵⁶⁴ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit.

¹⁵⁶⁵ Dans le contexte français, S. Mesure et A. Renaut, à l'instar d'A. Touraine, se rattachent au courant multiculturaliste car ils plaident pour la reconnaissance des différences sans remettre en cause le cadre des droits de l'Homme. Le débat autour du multiculturalisme est toutefois « presque impossible » dans le contexte français, ainsi que le relève M. Wieworka, car le multiculturalisme « touche à un postulat qui semble de l'ordre de l'évidence : ce serait faire courir à la collectivité nationale et à la démocratie un immense danger que d'envisager de reconnaître les particularismes culturels dans la vie politique ou dans les institutions, où ils ne peuvent qu'exercer des effets ravageurs ; ces particularismes n'ont pas à s'épanouir en dehors de la sphère privée, et toute demande identitaire ou communautaire qui tenterait sa chance dans l'espace public doit être rejetée, refoulée, condamnée » (M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, coll. « Essais », n° 33, Paris, La Découverte, 1997, p. 5).

¹⁵⁶⁶ Ils identifient, à l'époque contemporaine, une « conviction nouvelle » selon laquelle l'identité « est toujours déjà diversifiée, selon des modes d'existence ou de représentation, des manières de penser, de juger, de sentir propres aux communautés de culture, de langue, de sexe auxquelles les individus appartiennent et irréductibles à celles d'autres communautés » (S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 21).

similitude, nous essayons de réinscrire la différence au cœur de l'identité – et cela, en principe, sans recreuser les inégalités. »¹⁵⁶⁷

486. En se fondant sur la philosophie de la reconnaissance, à rebours de l'universalisme abstrait, le multiculturalisme *libéral*¹⁵⁶⁸ passe de l'assimilation de l'altérité dans l'homogénéité de la majorité dominante à la reconnaissance de l'altérité. Toutefois, tous les auteurs rattachés au courant multiculturaliste ne sont pas libéraux. C. Kukathas, par exemple, est un théoricien du droit des groupes, mais sa théorie est fondée sur le relativisme culturel¹⁵⁶⁹. Les principaux auteurs rattachés au courant du multiculturalisme *libéral* sont C. Taylor et W. Kymlicka¹⁵⁷⁰, qui ont la volonté de concilier le multiculturalisme et le libéralisme. De la même manière, W. Galston dénonce le caractère non-neutre du libéralisme politique, et défend le droit des groupes, tout en ayant la volonté de maintenir le socle libéral¹⁵⁷¹. J. Raz déclare qu'il défend le multiculturalisme « dans une perspective libérale »¹⁵⁷². Il définit le multiculturalisme libéral comme un principe normatif affirmant que « dans les sociétés industrielles et post-industrielles contemporaines, une politique consistant à favoriser et à encourager la prospérité culturelle et matérielle des groupes culturels au sein d'une société et à respecter leur identité, est justifiée par des considérations de liberté et de dignité humaine »¹⁵⁷³. Ils ont en commun de défendre, dans un cadre libéral, les droits des minorités, en mettant en lumière l'insuffisance des droits de l'Homme tels qu'ils ont été mis en œuvre à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, c'est-à-dire le libéralisme de la neutralité concrétisé par l'universalisme abstrait. L'abstraction de l'universalisme abstrait n'étant pas, selon eux, adaptée aux minorités et à leurs spécificités, ils proposent une redéfinition du libéralisme incluant la question des minorités sans toutefois remettre en cause le primat de l'individu. W. Kymlicka soutient la thèse d'une « citoyenneté multiculturelle » qui représenterait une forme plus achevée de l'universalisme : un universalisme *concret*¹⁵⁷⁴. Il cherche à concilier libéralisme politique et communautarisme, et

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 49.

¹⁵⁶⁸ Le terme de « multiculturalisme libéral » est notamment utilisé par J. Raz (J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit.).

¹⁵⁶⁹ C. KUKATHAS, « Are there any cultural rights ? », *Political Theory*, février 1992, vol. 20, n° 1, pp. 105-139. Voir aussi la réponse de W. Kymlicka à cet article : W. KYMLICKA, « The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas », *Political Theory*, février 1992, vol. 20, n° 1, pp. 140-146.

¹⁵⁷⁰ J. Raz et M. I. Young font également partie des auteurs rattachés au courant du multiculturalisme libéral.

¹⁵⁷¹ W.A. GALSTON, « Défendre le libéralisme », art. cit. ; W.A. GALSTON, « Expressive Liberty, Moral Pluralism, Political Pluralism: Three Sources of Liberal Theory », *William & Mary Law Review*, 1999, vol. 40, n° 3 ; W.A. GALSTON, « Pluralism and Social Unity », *Ethics*, 1989, vol. 99, n° 4, pp. 711-726 ; W.A. GALSTON, *Liberal purposes*, op. cit.

¹⁵⁷² J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 174 (traduction libre).

¹⁵⁷³ *Ibid.*, p. 189 (traduction libre).

¹⁵⁷⁴ Sa théorie fait l'objet de ses deux principaux ouvrages : W. KYMLICKA, *Liberalism, community, and culture*, op. cit. ; W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit.

donc à réconcilier les droits de l'individu avec la reconnaissance des groupes¹⁵⁷⁵, et propose alors la « tentative la plus rigoureuse »¹⁵⁷⁶ d'une telle conciliation. Le droit des groupes n'est pas, chez W. Kymlicka, réellement opposé aux droits de l'individu, car ces droits ne s'envisagent que du point de vue de l'individu, c'est-à-dire que ces droits restent des droits *individuels*¹⁵⁷⁷. Dans cette optique, l'individu doit toujours être libre d'adhérer ou non à un groupe et aux valeurs et cultures qui y sont affiliés. De la même manière, pour C. Taylor, critiquer le « malaise de la modernité »¹⁵⁷⁸ et mettre en lumière ses insuffisances ne signifie pas la rejeter en bloc : sa théorie du multiculturalisme ne sort pas du cadre libéral¹⁵⁷⁹.

487. La reconnaissance des différences implique de renoncer à l'abstraction de la règle de droit, et à reconnaître des droits spécifiques à certaines groupes. La philosophie multiculturaliste repose sur une critique de la neutralité libérale (§1).

488. Fondée sur la reconnaissance des différences et l'intervention de l'État, la philosophie multiculturaliste s'oppose, sur plusieurs points, à la neutralité libérale de l'État (§2).

§1. Au fondement de la philosophie multiculturaliste : la critique de la neutralité libérale

489. La neutralité libérale fut largement critiquée par plusieurs courants de pensée, et notamment le courant multiculturaliste, pour son inadaptation à la question de la diversité culturelle. En effet, la neutralité libérale n'est pas extensible, en raison de ses difficultés intrinsèques, à la sphère culturelle. Cela s'est traduit, dans les faits, par l'hégémonie de la culture majoritaire. En réponse à ces failles, le multiculturalisme accorde une place majeure aux différentes cultures, et non seulement aux individus (**I**). En raison de l'importance de la culture dans la construction de l'identité, les théoriciens du multiculturalisme défendent des théories de la *reconnaissance* des différences (**II**).

¹⁵⁷⁵ Voir *supra*, § 172.

¹⁵⁷⁶ D. WEINSTOCK, « Droits collectifs et libéralisme : une synthèse ? », in F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGE (dirs.), *Pluralisme, citoyenneté & éducation*, coll. « Éthikè », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1996, p. 53.

¹⁵⁷⁷ Sur la critique de cette conciliation entre droits individuels et droits culturels, voir par exemple : D. WEINSTOCK, « Droits collectifs et libéralisme : une synthèse ? », art. cit.

¹⁵⁷⁸ C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit.

¹⁵⁷⁹ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit.

I. La place de la culture dans la philosophie multiculturaliste

490. Si le multiculturalisme libéral rejoint, à certains égards, la philosophie communautarienne, il se caractérise néanmoins par la volonté de conserver le socle libéral du primat de l'individu. Pour D. Weinstock, les réflexions autour du multiculturalisme peuvent être comprises « comme la continuation du débat libéral/communautarien »¹⁵⁸⁰, car ces réflexions sont issues de la prise en compte de « l'élément de vérité que comportait la critique communautarienne du libéralisme »¹⁵⁸¹. Effectivement, comme l'a notamment relevé W. Kymlicka¹⁵⁸², la question des droits collectifs a longtemps été assimilée au débat entre libéraux et communautariens. Le communautarisme partage avec le multiculturalisme l'idée que l'État ne peut reléguer la culture à la sphère privée, sans quoi la liberté des individus et des groupes serait diminuée. Comme le communautarisme, le multiculturalisme se présente comme une philosophie à la fois distincte et critique de la neutralité libérale. Si le communautarisme reconnaît – comme le multiculturalisme – le droit des groupes, il est le seul courant à les faire *primer* sur les droits individuels : dans le multiculturalisme, les droits des groupes coexistent avec les droits individuels, soit sans qu'il n'y ait de hiérarchie entre les deux¹⁵⁸³, soit en admettant la supériorité des droits individuels¹⁵⁸⁴. Le multiculturalisme occupe ainsi une « position médiane »¹⁵⁸⁵ entre libéraux et communautariens¹⁵⁸⁶, car il reconnaît les droits des groupes dans une perspective d'accroissement de la liberté individuelle. Le courant multiculturaliste libéral¹⁵⁸⁷ a ainsi lié les principes libéraux de l'égalité et de la liberté à l'appartenance culturelle, invitant par-là à la reconnaissance des différences¹⁵⁸⁸. Il sera donc

¹⁵⁸⁰ D. WEINSTOCK, « La problématique multiculturaliste », art. cit., p. 427.

¹⁵⁸¹ D. WEINSTOCK, « Le pluralisme axiologique en philosophie politique contemporaine », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, p. 67.

¹⁵⁸² W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., p. 67.

¹⁵⁸³ Par exemple, dans la théorie de M. Seymour, il n'y a pas de hiérarchie entre droits individuels et droits des groupes (M. SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, op. cit.).

¹⁵⁸⁴ Par exemple, dans la théorie de W. Kymlicka : W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit. ; C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit.

¹⁵⁸⁵ D. TERRE, « Droits des personnes, droits culturels, droits des groupes », *Éthique et philosophie morale*, 2007, p. 119.

¹⁵⁸⁶ Cette vision n'est néanmoins pas partagée par W. Kymlicka qui estime que sa théorie du multiculturalisme « est strictement anti-communautarienne » car « elle respecte, et de fait cherche à accroître, la capacité des individus à exercer leur liberté de choix, ainsi qu'à critiquer et contester les modes de vie et coutume propres à la tradition » (W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. XI. Voir aussi : pp.136-137).

¹⁵⁸⁷ Sur la thèse d'un multiculturalisme *républicain*, voir par exemple : S. GUERARD DE LATOUR, *Vers la république des différences*, coll. « Philosophica », Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2009. Voir aussi : C. AUDARD, « Multiculturalisme et transformations de la citoyenneté », art. cit.

¹⁵⁸⁸ G. NOOTENS, « Multiculturalisme et tolérance : penser le pluralisme culturel », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998, p. 153.

appréhendé, dans le cadre de cette étude, comme *une théorie politique qui apporte une réponse distincte de celle de la neutralité libérale à la question de la manière dont les démocraties libérales doivent appréhender la diversité culturelle, entendue au sens large*. Ainsi, il n'est pas appréhendé de manière purement descriptif comme synonyme du fait pluraliste, mais comme réponse philosophico-politique à ce fait, car cette réponse s'oppose à celle de la neutralité, tout en partageant le même constat de départ :

« [...]Le multiculturalisme se comprend comme un mouvement intellectuel et politique provenant de groupes minoritaires tels les Autochtones ou Amérindiens démographiquement décimés, les minorités nationales ou ethno-culturelles, des immigrants nouveaux et anciens, des gays et des lesbiennes ainsi que d'autres groupes marginaux. Au-delà de leur différence, tous ces groupes ont quelque chose de commun : ils ne constituent pas les références sur le plan des valeurs dominantes des sociétés où ils se trouvent. Tous sont porteurs de déterminations négatives, les empêchant de jouir pleinement des droits de citoyenneté, de l'égalité et des libertés promises par les démocraties libérales prétendument fondées sur une neutralité axiologique, une neutralité par rapport aux visions dites englobantes du monde. On comprend d'ailleurs pourquoi ces minorités soupçonnent la neutralité axiologique de l'État libéral d'être pure hypocrisie. Là se trouve la situation paradoxale des démocraties libérales prises entre leur histoire sociale et politique particulière et leur prétention à l'universalité. Paradoxe, disons-nous, car là où elle est véritablement enracinée et non seulement publiquement (hypocritement) évoquée, la neutralité devrait faire fi de la race, de l'orientation sexuelle, des origines, de l'ethnie et du genre et traiter, au nom de l'égalité, tous les citoyens, de toute origine et de tout sexe, de toute culture et toute orientation sexuelle et religieuse, de la même manière. C'est précisément ce manque du traitement égal ou, mieux encore, l'inégalité de traitement lié aux déterminations empiriques concrètes et historiques qui a donné naissance aux mouvements multiculturels. »¹⁵⁸⁹

Le multiculturalisme veut pallier les failles de la neutralité, et notamment l'absence de neutralité culturelle et l'inégalité en résultant, en valorisant les appartenances des individus à travers la reconnaissance de droits aux groupes.

491. Les théoriciens du multiculturalisme partagent avec les communautariens la conviction selon laquelle le groupe culturel auquel appartient l'individu est déterminant dans la construction de son identité, et affecte « fondamentalement la manière dont cet individu se

¹⁵⁸⁹ L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine, op. cit.*, pp. 25-26.

conçoit et peut procéder à la poursuite de la bonne vie »¹⁵⁹⁰. La conviction de C. Taylor est que « l'individu libre ne peut maintenir son identité que dans une société ou une culture d'un certain type, il est nécessairement concerné par la forme de cette société ou culture dans son ensemble »¹⁵⁹¹, et que par conséquent, la liberté de l'individu est accrue si cette culture est prise en compte :

« Si la réalisation de notre liberté dépend en partie de la société (et de la culture) où nous vivons, alors nous jouissons d'une liberté plus complète si nous contribuons à déterminer la forme de cette société et de cette culture. Et nous ne pouvons le faire que par des instruments de décision commune. Ce qui veut dire que les institutions politiques dans lesquelles nous vivons peuvent être une part essentielle de ce qui est nécessaire pour réaliser notre identité d'êtres libres. »¹⁵⁹²

Pour C. Taylor, il est du devoir de l'État d'assurer le maintien des communautés culturelles, car l'appartenance culturelle est au cœur de l'identité individuelle. La culture est alors envisagée comme un bien *intrinsèque* : c'est l'importance de la culture pour la constitution de l'identité individuelle qui justifie le multiculturalisme. Dans le même sens, J. Raz déclare que le multiculturalisme est fondé sur « la croyance en l'interdépendance du bien-être individuel et de la prospérité du groupe culturel auquel ces individus appartiennent »¹⁵⁹³. Il soutient également l'idée selon laquelle l'appartenance à une communauté est déterminante dans le développement de l'identité.

492. De la même manière, W. Kymlicka critique l'universalisme abstrait car il ne permet pas aux individus une réelle liberté du choix en raison de l'ignorance de leurs particularités culturelles. L'État libéral, en continuité avec la séparation de l'État et de la société civile, opère une séparation entre l'État et la culture, considérée comme une affaire privée¹⁵⁹⁴. Pour W. Kymlicka, l'erreur faite par les libéraux a été de traiter la culture de la même manière que la religion, c'est-à-dire comme une activité « que les gens sont libres de pratiquer dans leur vie privée, mais qui n'est pas l'affaire de l'État »¹⁵⁹⁵. Toutefois, il se distingue de C. Taylor et de J. Raz car il ne donne pas de valeur à la culture pour *elle-même* mais en tant qu'elle permet aux individus d'accroître leur liberté de choix :

¹⁵⁹⁰ G. NOOTENS, « Multiculturalisme et tolérance : penser le pluralisme culturel », art. cit., p. 156.

¹⁵⁹¹ C. TAYLOR, *La liberté des modernes*, op. cit., p. 250.

¹⁵⁹² *Ibid.*, p. 251.

¹⁵⁹³ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 174 (traduction libre).

¹⁵⁹⁴ W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », art. cit., p. 98.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 97.

« Les cultures sont ainsi dotées d'une valeur, non pas en elles-mêmes et pour elles-mêmes, mais uniquement parce que ce n'est que par l'intermédiaire d'une culture sociétale que les individus peuvent voir accès à des options significatives. »¹⁵⁹⁶

Il appréhende ainsi la culture comme un bien *instrumental* au service de l'autonomie et de la liberté : elle est, avant tout, un *contexte de choix* entre différentes conceptions du bien.

493. Le multiculturalisme part du postulat que les identités collectives – donc l'appartenance à un groupe – sont constitutives de l'identité individuelle, et accorde donc une importance centrale à la notion de groupe. Selon les auteurs, le multiculturalisme a une acception plus ou moins large de la culture et donc des groupes minoritaires. W. Kymlicka a, par exemple, une vision « étroite » de la culture, car il ne se réfère qu'aux minorités nationales et ethniques, tandis qu'I. M. Young par exemple, a une conception large qui englobe des groupes partageant un trait commun, comme le genre ou l'orientation sexuelle. Par ailleurs, les groupes ne sont pas considérés comme « des entités figées : leurs contours, leurs effectifs, leurs valeurs se modifient sous la pression des circonstances historiques »¹⁵⁹⁷. Le multiculturalisme part du postulat que la relégation des différences dans la sphère privée n'est pas suffisante pour garantir à chacun la possibilité de vivre selon sa conception du bien, et défend ainsi les droits des groupes et la reconnaissance des différences.

II. La reconnaissance des différences, une alternative à l'indifférence aux différences

494. Le multiculturalisme libéral repose sur la théorie de la *reconnaissance*. Le concept de reconnaissance a été développé par Hegel au début du XIX^e siècle. Pour le philosophe, « le regard, la reconnaissance de l'autre, contribuent décisivement à la définition de mon identité »¹⁵⁹⁸. La réflexion autour de la reconnaissance, au sens de « reconnaissance mutuelle que des individus ou des groupes d'individus choisissent de se donner »¹⁵⁹⁹, est centrale chez les théoriciens du multiculturalisme qui considèrent que la reconnaissance des différences par l'État est essentielle pour assurer aux minorités la même liberté de choix que les membres de la majorité. Ils se fondent sur l'idée que l'État est essentiel dans le développement de l'identité,

¹⁵⁹⁶ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 124.

¹⁵⁹⁷ N. ROULAND, « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, 2000, vol. 46, n° 1, p. 520.

¹⁵⁹⁸ P. SAVIDAN, « La reconnaissance des identités culturelles comme enjeu démocratique », in R. LE COADIC (dir.), *Identités & démocratie. Diversité culturelle et mondialisation : repenser la démocratie*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 233.

¹⁵⁹⁹ M. SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, op. cit., p. 97.

c'est-à-dire, comme le formule M. Gauchet, que l' « identification privée n'a de sens qu'en fonction de la projection publique qui la double »¹⁶⁰⁰. La reconnaissance de l'identité ne peut pas être uniquement interne, en tant que « le regard, la reconnaissance de l'autre contribuent décisivement à la définition de mon identité »¹⁶⁰¹. Les politiques de reconnaissance peuvent être définies comme « toute mesure, constitutionnalisée ou non, cherchant à promouvoir ou à protéger la différence ou le respect égal entre des personnes ou entre des peuples, dans le but de traduire une certaine forme de respect ou d'estime ou de contrer toute forme d'humiliation dirigée contre leur identité statutaire »¹⁶⁰². Pour P. May, les politiques de reconnaissance ne recourent pas tout à fait les politiques multiculturelles, car ces dernières « ciblent essentiellement les mouvements antiracistes ou visant à protéger des pratiques culturelles et religieuses minoritaires », tandis que les « politiques de reconnaissance incluent les modes de vie minoritaires, comme ceux des peuples nomades ou les différentes formes de sexualité »¹⁶⁰³.

495. C. Taylor est l'un des principaux théoriciens de la reconnaissance et du multiculturalisme. Il expose, dans *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, ses principaux arguments relatifs à la nécessité de reconnaître les différences en vue de permettre l'égalité et la liberté des individus. La reconnaissance des différences est appréhendée comme un moyen de *parfaire* l'égalité des individus, par la reconnaissance de leur identité propre. C. Taylor voit la reconnaissance des différences comme une étape qui suit l'universalisme :

« La politique de la différence croît organiquement à partir
de la politique de la dignité universelle [...] »¹⁶⁰⁴

La reconnaissance permettrait d'atteindre l'idéal d'*authenticité* qui doit compléter, selon C. Taylor, la liberté et l'égalité. L'idéal de l'authenticité, bien qu'il se soit dégradé dans le libéralisme de la neutralité et l'individualisme¹⁶⁰⁵, doit continuer d'être défendu. Il relève que l'erreur commise à l'encontre de l'idéal d'authenticité est celle d'avoir assimilé l'identité unique de l'individu à une identité majoritaire. Or, la politique de la différence opère

¹⁶⁰⁰ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., p. 243.

¹⁶⁰¹ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 29. L'auteur fait ici référence à la dialectique du maître et du valet d'Hegel.

¹⁶⁰² M. SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, op. cit., p. 105.

¹⁶⁰³ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 19.

¹⁶⁰⁴ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., p. 58.

¹⁶⁰⁵ C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit., p. 48 : « L'agent qui cherche le sens de la vie, qui essaie de se définir de façon significative, doit se situer par rapport à une horizon de questions essentielles. C'est ce qu'il y a d'autodestructeur dans les formes de la culture contemporaine qui se renferment sur l'épanouissement de soi en s'opposant aux exigences de la société ou de la nature, et qui tournent le dos à l'histoire et aux exigences de la solidarité. [...] Tourner le dos à tout ce qui transcende le moi, c'est justement supprimer les conditions de signification et courtiser du coup la futilité. Dans la mesure où les gens aspirent à un idéal moral, cet enfermement en soi est une contradiction dans les termes ; il détruit les conditions dans lesquelles cet idéal peut se réaliser. ».

précisément une distinction entre « l'identité unique de [l']individu ou [du] groupe, ce qui le distingue de tous les autres » et l'universel¹⁶⁰⁶.

496. Les critiques contemporaines de la neutralité comme la critique féministe, la critique postcoloniale ou encore la critique multiculturaliste sont « sous-tendus par cette prémisse qu'un refus de reconnaissance peut constituer une forme d'oppression »¹⁶⁰⁷. Le « libéralisme de la neutralité », ainsi que le nomme C. Taylor¹⁶⁰⁸, est une forme d'oppression des identités. Le multiculturalisme vise à proposer un modèle alternatif à la neutralité libérale, fondé sur la reconnaissance des différences, qui seule permettrait de respecter les identités. Il est alors envisagé comme une réponse au « malaise de la modernité »¹⁶⁰⁹. Selon C. Taylor, la politique de reconnaissance vise à atteindre l'idéal moral d'authenticité des sociétés modernes, et est ainsi liée à la notion moderne d'identité. En effet, la politique de reconnaissance implique de reconnaître l'identité particulière des individus ou des groupes d'individus – « ce qui le distingue de tous les autres » – car l'« idée est que c'est précisément cette distinction qui a été ignorée, passée sous silence, assimilée à une identité dominante ou majoritaire »¹⁶¹⁰. L'idée de la politique de la reconnaissance est ainsi de « corriger » la neutralité biaisée de l'État. Selon la vision de C. Taylor dans la première partie de ses écrits¹⁶¹¹, la neutralité de l'État est un leurre car elle est le reflet d'une culture hégémonique : elle a pour conséquence d'imposer la culture majoritaire aux minorités. Des années 1970 à 1990, C. Taylor est très critique de la neutralité libérale, voire du libéralisme en lui-même, ce qui le classait, pour certains auteurs, dans le courant communautarien¹⁶¹². Il défendait alors la « conception selon laquelle l'État n'est pas neutre sur les questions de la vie bonne »¹⁶¹³. La politique de reconnaissance permet, au contraire, de reconnaître les identités particulières et ainsi d'être plus égalitaire que la prétendue neutralité, en prônant un traitement adapté aux identités particulières. Elle implique « qu'on

¹⁶⁰⁶ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., p. 56.

¹⁶⁰⁷ C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit., p. 58.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 25.

¹⁶⁰⁹ C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit.

¹⁶¹⁰ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., p. 56 et s.

¹⁶¹¹ Sur l'évolution de la pensée de C. Taylor, notamment sur le sujet de l'idéal de neutralité de l'État : B. GAGNON, « Du communautarisme à la neutralité libérale : un tournant radical dans la pensée politique de Charles Taylor », *Politique et Sociétés*, 2012, vol. 31, n° 1, pp. 127-147. C. Taylor proposera notamment une défense de la neutralité libérale dans l'ouvrage qu'il a écrit avec J. MacLure : J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit.

¹⁶¹² Par exemple : B. GAGNON, « Du communautarisme à la neutralité libérale », art. cit. ; A. POLICAR, « Pluralisme et neutralité de l'État », art. cit., p. 485.

¹⁶¹³ B. GAGNON, « Du communautarisme à la neutralité libérale », art. cit., p. 128.

accorde une valeur égale à diverses façons d'être, et une politique fondée sur la reconnaissance de l'identité exige une telle égalité de traitement »¹⁶¹⁴.

497. De la même manière, W. Kymlicka critique la neutralité de l'État. Il explique que l'État adopte une « neutralité bienveillante » – qui correspond à la neutralité-indifférence – à l'égard des différentes cultures et des différents groupes, c'est-à-dire qu'il ne reconnaît pas leur identité particulière. La « neutralité bienveillante », chez W. Kymlicka, correspond au système dans lequel il y a une « séparation stricte de l'État et de l'ethnicité »¹⁶¹⁵ : les individus ont le choix de leur culture, mais l'État ne peut soutenir ou favoriser les cultures car cela signifierait qu'il subventionne le choix des modes de vie. Selon cette conception, comme l'explique W. Kymlicka, « les cultures n'ont pas besoin d'aide pour survivre : si une culture sociétale mérite de survivre, alors ses membres la soutiendront par leurs choix », mais « si une culture est sur le déclin, c'est sans doute parce que ses membres estiment qu'elle ne mérite plus leur allégeance »¹⁶¹⁶. Il s'oppose explicitement à cette forme de neutralité, car il estime que l'indifférence à l'égard des cultures minoritaires aurait pour conséquence le déclin de plusieurs d'entre elles. La neutralité de l'État est une position « naïve », dont la mise en œuvre cause des dommages aux minorités. Il s'agit, au contraire, de promouvoir les droits des minorités comme instruments assurant l'égalité et la liberté¹⁶¹⁷. En effet, la neutralité bienveillante « n'a pas de sens »¹⁶¹⁸ car l'État fait nécessairement la promotion de certaines cultures. En résumé, l'un des arguments centraux de la défense de la citoyenneté multiculturelle chez W. Kymlicka est que la sphère publique ne peut être neutre du point de vue de la culture. Contrairement à la neutralité religieuse, il ne peut y avoir de neutralité culturelle de la sphère publique¹⁶¹⁹. Face à ce constat, selon W. Kymlicka, l'alternative est la reconnaissance de droits culturels dans le cadre du libéralisme politique. La neutralité par abstention est insuffisante, contrairement à la reconnaissance des différences.

498. Cette critique de la neutralité-indifférence de l'État est commune chez les théoriciens du multiculturalisme. Elle se retrouve par exemple chez I. M. Young qui démontre la « fausse neutralité du genre » dans la sphère publique. Elle se fonde sur l'idée que la

¹⁶¹⁴ C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, op. cit., p. 59.

¹⁶¹⁵ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 158.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., pp. 168-169.

¹⁶¹⁸ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 158.

¹⁶¹⁹ S. GUERARD DE LATOUR, « Justice et multiculturalisme libéral », art. cit., p. 38 et s.

neutralité-indifférence¹⁶²⁰ est insuffisante en raison de l'oppression des minorités, notamment les femmes, et qu'il s'agit, au contraire, de défendre la reconnaissance des différences¹⁶²¹. Elle propose donc, à l'instar de W. Kymlicka, C. Taylor, et J. Raz, une citoyenneté « différenciée » qui s'oppose à l'universalisme abstrait, et à la distinction public/ privé sur lequel il repose, et qui permet une différenciation entre les groupes. Ainsi, dans le multiculturalisme libéral, il existe une solution alternative à la neutralité-indifférence – fortement critiquée pour ses failles induisant une hégémonie de la culture majoritaire : la politique de reconnaissance, qui permet, au contraire, de reconnaître les identités particulières et ainsi d'être plus égalitaire que la prétendue neutralité.

499. L'idée même de politique de la différence, de reconnaissance de la différence, a donc pour but de « dévoiler la neutralité illusoire de procédures publiques qui renvoient dans la sphère privée les attribués stigmatisés (ethniques, sexuels, religieux, linguistiques) »¹⁶²². Parce qu'il est né de l'« échec » de la neutralité, le multiculturalisme semble s'opposer à celle-ci. Comme le relève P. Savidan, « [l]a reconnaissance et la prise en compte institutionnelle de l'identité culturelle peuvent, en d'autres termes, être conçues comme des instruments privilégiés de la démocratisation de nos sociétés », or, « *[a]ffirmer cela, c'est évidemment sous-entendre que le principe de neutralité est défaillant à cet égard* »¹⁶²³. Le multiculturalisme se fonde sur l'impossibilité de la neutralité de l'État. L'État moderne libéral s'est construit sur l'invisibilisation, voire la négation ou l'assimilation des différents groupes via le principe de neutralité-indifférence. C'est pourquoi le multiculturalisme *remet en cause* la neutralité, et donc semble s'y opposer.

§2. L'opposition entre le multiculturalisme libéral et le libéralisme de la neutralité

500. Pour S. Guérard De Latour, « [d]'un point de vue philosophique, la cause du multiculturalisme se présente initialement à travers la remise en cause du libéralisme politique,

¹⁶²⁰ I. M. Young s'inscrit, plus précisément, dans la critique du républicanisme.

¹⁶²¹ I.M. YOUNG, *Inclusion and democracy*, Oxford political theory, Oxford, Oxford University Press, 2010 ; I.M. YOUNG, *Justice and the politics of difference*, *op. cit.*

¹⁶²² S. VIBERT, « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », *Mouvements*, 2005, n° 1, p. 18.

¹⁶²³ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, *op. cit.*, p. 79 (nous soulignons).

devenu la philosophie politique dominante dans le monde anglophone à la suite de la publication de la *Théorie de la justice* de John Rawls »¹⁶²⁴. De fait, le multiculturalisme – même libéral – va à l’encontre de certains acquis et piliers du libéralisme politique, et donc du principe de neutralité de l’État. Tant l’intervention de l’État (I) que la figure du groupe (II) s’opposent au principe de neutralité-indifférence.

I. L’intervention de l’État

501. Le multiculturalisme, qui prône la reconnaissance des différences à travers la défense des droits des groupes, nécessite l’intervention de l’État. À l’origine, le principe de neutralité de l’État reposait principalement sur l’idée, chère aux premiers libéraux, d’un *retrait* de l’État vis-à-vis des questions relatives à la sphère privée, cette idée étant « le cœur du libéralisme politique »¹⁶²⁵. Au contraire, le multiculturalisme suppose l’intervention de l’État afin de corriger les exclusions originelles et implicites de l’universalisme abstrait. Il repose, en effet, sur l’idée que les minorités ont *besoin* de l’intervention et de la reconnaissance de l’État pour bénéficier des mêmes opportunités que la majorité. W. Kymlicka, par exemple, s’il fonde sa théorie sur le socle libéral du primat de l’individu, s’inscrivant par-là dans le cadre du libéralisme politique, défend la nécessité de l’intervention de l’État, seul moyen de pallier les inégalités entre les groupes, et plus spécifiquement entre minorités et majorité. Ainsi, il prône l’*abandon* de l’élément de non-intervention du libéralisme politique afin de corriger les injustices. Il soutient ainsi que les libéraux culturalistes « cherchent à montrer que les droits des minorités intègrent plutôt qu’ils ne restreignent la liberté individuelle et l’égalité, et contribuent à répondre à des intérêts légitimes qui, sinon, *demeureraient insatisfaits dans un État qui s’en tiendrait rigide à la neutralité ethnoculturelle* »¹⁶²⁶. De la même manière, I. M. Young soutient la nécessité d’une intervention de l’État pour assurer l’égalité entre les hommes et les femmes car le désavantage subi par celles-ci nécessite une correction – par un traitement différencié – de l’État¹⁶²⁷.

502. L’intervention de l’État va à l’encontre de l’un des piliers de la neutralité : la séparation entre l’État et la société civile. Cette séparation implique non seulement le renvoi des questions religieuses à la sphère privée, mais fait également de l’appartenance ethnique une

¹⁶²⁴ S. GUERARD DE LATOUR, *Vers la république des différences*, op. cit., pp. 14-15.

¹⁶²⁵ P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK, « Introduction. Penser la tolérance aujourd’hui », art. cit., p. 22.

¹⁶²⁶ W. KYMLICKA, « Liberal Theories of Multiculturalism », *Post-philosophie*, gennaio-dicembre 2006, n° 2, p. 60., cité par F. FISTETTI, *Théories du multiculturalisme*, op. cit., p. 122 (nous soulignons).

¹⁶²⁷ S. AUDIER, *Les théories de la république*, op. cit., p. 92.

affaire privée¹⁶²⁸. Dans le libéralisme politique, les différences étaient renvoyées à la sphère privée. La reconnaissance des différences et des différents groupes s'oppose à la philosophie libérale de la neutralité de l'État, car « si l'État n'a pas à tenir compte de quelconques conceptions du bien, il n'a évidemment pas à se soucier de protéger la diversité des conceptions en présence, donc la pluralité culturelle qui, en partie au moins, sous-tend cette pluralité de conceptions du bien »¹⁶²⁹. Pour P. Savidan, la théorie de la neutralité considère que « la prise en compte institutionnelle des identités culturelles n'est ni légitime ni même utile, ou que les avantages escomptés ne sont pas suffisamment significatifs pour justifier de prendre le risque de fragiliser la société démocratique et contrevenir aux droits individuels qu'elle suppose et entend protéger »¹⁶³⁰. Le strict respect de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée implique l'opposition à toute politique de reconnaissance des groupes et de droits collectifs¹⁶³¹. Pour C. Audard, le multiculturalisme « a fait voler en éclats » la séparation entre la sphère publique « neutre » et la sphère privée, car « il demande reconnaissance et réparation dans l'espace public des humiliations et des injustices commises même dans la sphère dite privée »¹⁶³². En réponse aux revendications minoritaires, l'État reconnaît les différences dans le but de permettre à chaque individu de vivre conformément à sa culture et à son identité. En cela, le multiculturalisme s'oppose au principe de neutralité, imposant à l'État l'indifférence aux différences et la séparation avec la société civile. À rebours de cette séparation, le multiculturalisme prend acte des demandes issues de la société civile invitant à l'intervention de l'État pour permettre aux minorités les mêmes opportunités que la majorité. En mettant l'accent sur la nécessité de reconnaître les groupes et les différences au sein de ces groupes en vue d'accroître l'épanouissement des individus, le courant libéral multiculturaliste renonce « à un point de vue assimilationniste fort qui se fonde sur un principe de stricte indifférenciation dans la reconnaissance »¹⁶³³. Pour certains auteurs, l'intervention de l'État correspond à une remise en cause de la neutralité, car en reconnaissant différents groupes, l'État peut être considéré comme prenant parti¹⁶³⁴. Dans la théorie de J. Rawls, précisément, la neutralité s'oppose à ce que l'État soutienne l'une ou l'autre des conceptions du bien, car il n'est pas du

¹⁶²⁸ W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », art. cit., p. 98.

¹⁶²⁹ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 212.

¹⁶³⁰ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 71.

¹⁶³¹ W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », art. cit., p. 98.

¹⁶³² C. AUDARD, « Multiculturalisme et transformations de la citoyenneté », art. cit., p. 240.

¹⁶³³ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 17.

¹⁶³⁴ J. SAADA-GENDRON, « La tolérance et les limites de la souveraineté », art. cit., p. 349.

rôle l'État libéral d'intervenir pour en « sauver », dès lors que l'État assure la liberté et l'égalité des individus, notamment dans leur choix de conceptions du bien :

« Mais si une conception du bien est incapable de durer dans une société où l'égalité des libertés de base habituelles et une tolérance mutuelle sont garanties, c'est qu'il n'existe aucun autre moyen de la préserver d'une manière compatible avec les valeurs démocratiques d'une société définie comme système équitable de coopération entre des citoyens libres et égaux. »¹⁶³⁵

Le libéralisme s'oppose à la reconnaissance, car l'État ne peut favoriser ou soutenir un groupe sans porter atteinte à la neutralité, qui implique de ne pas intervenir dans la vie des cultures, y compris lorsque cela mène à leur disparition¹⁶³⁶.

503. Ce que montre la critique multiculturaliste, ainsi que la plupart des critiques postmoderne – à l'instar de la *Critical Race Theory* ou de la critique féministe – c'est qu'il y a une nécessité pour l'État d'intervenir afin de réparer les injustices¹⁶³⁷. Dans la *Critical Race Theory*, les auteurs dénoncent l'injustice des normes instituant selon eux un racisme institutionnel favorisant la majorité blanche ; leur objectif est, là aussi, de réparer l'injustice née de la perpétuation, par ces normes, d'un racisme systémique. Ils souhaitent une *intervention de l'État* afin de rétablir ces injustices via la modification ou la création de normes. Lorsqu'il évoque la proposition multiculturelle et sa possibilité, L. Sosoe pose la question de savoir « comment traiter simultanément de façon égale les enfants de ceux auxquels on a ployé longtemps le dos, de ceux qu'on a bâillonnés, de ceux dont les ancêtres ont traversé des mers en esclaves, enchaînés et couverts d'humiliation, de ceux qu'on a exterminés ou essayé d'exterminer dans des chambres à gaz et les enfants de ceux qui sont responsables de ces faits, des cultures ou groupes qui ont organisé ces faits ? », mettant ainsi le doigt sur la considération de réparation d'injustice au cœur de la réponse multiculturelle au fait pluraliste. Celle-ci part ainsi du postulat que la neutralité libérale, telle qu'elle est mise en pratique par les démocraties contemporaines, n'est pas en mesure de réparer ces injustices par l'abstention et l'indifférence, à la différence – selon ses tenants – du multiculturalisme qui implique la reconnaissance des différences et donc l'action de l'État. Ce sont les injustices subies par certains groupes qui nécessitent de renoncer à l'abstraction des différences, et de faire de l'autre un *alter ego*¹⁶³⁸. Cette question de la responsabilité de l'État dans la réparation des injustices passés – et donc

¹⁶³⁵ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, op. cit., p. 242.

¹⁶³⁶ D. WEINSTOCK, « Droits collectifs et libéralisme : une synthèse ? », art. cit., pp. 54-55.

¹⁶³⁷ Voir *infra*, § 642 et s.

¹⁶³⁸ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit.

de la nécessité de son intervention – est notamment présente chez W. Kymlicka. L'État ne doit pas intervenir pour reconnaître des droits à tous les groupes, mais seulement lorsqu'il a une responsabilité. Pour W. Kymlicka, les groupes – selon leurs origines c'est-à-dire selon qu'il s'agisse de minorités nationales ou minorités ethniques – ne devraient pas avoir les mêmes droits, précisément car les circonstances de leur présence dans un pays ne sont pas les mêmes :

« Il est évident que des groupes d'immigrants ne peuvent pas revendiquer les mêmes droits que des minorités nationales. Si je décide avec d'autres d'émigrer en Chine, nous n'avons pas le droit d'exiger que le gouvernement chinois nous accorde l'autonomie politique ou qu'il nous fournisse des services publics dans notre langue d'origine. Nous pourrions soutenir qu'une politique gouvernementale assurant des services en anglais enrichirait l'environnement culturel entier, et que donc tous pourraient en tirer profit. Mais nous n'aurions pas le *droit* à une telle politique, puisqu'en choisissant de quitter le Canada, nous aurions renoncé aux droits nationaux associés au fait d'être membre de notre communauté culturelle. »¹⁶³⁹

Pour W. Kymlicka, la distinction entre minorités nationales et immigrants est fondamentale car les minorités nationales se sont vues *imposer* une culture, tandis que les immigrants en ont choisi une¹⁶⁴⁰. Il intègre la question de la responsabilité passée de l'État à l'intervention de celui-ci. La prise en compte des considérations relatives aux injustices passées s'oppose à la neutralité-indifférence.

II. La figure du groupe

504. Le multiculturalisme a pour principale proposition de reconnaître l'existence de groupes, à qui sont reconnus des droits *collectifs* – ou droits des groupes – qui correspondent, pour la plupart à des droits *culturels*. Ces droits ont pour objectif de *compléter* les droits individuels : ils « visent à préserver un bien collectif essentiel pour la collectivité »¹⁶⁴¹. Selon W. Kymlicka, la terminologie de « droits collectifs » est trompeuse car elle recouvre une réalité plus vaste que celle généralement appréhendée dans le cadre du multiculturalisme, car cette catégorie « comprend les droits syndicaux, les droits des entreprises, les droits de poursuite judiciaire, le droit des individus à respirer un air non pollué, etc. », qui n'ont pas de rapport

¹⁶³⁹ W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », art. cit., p. 108.

¹⁶⁴⁰ Il précise que l'absence de distinction entre les groupes a eu pour conséquence le rejet de tous droits pour les minorités, car il semblait effectivement injuste d'accorder, par exemple, le droit à l'autonomie politique aux immigrants (*Ibid.*).

¹⁶⁴¹ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 19.

avec l'idée de la citoyenneté différenciée¹⁶⁴². Par ailleurs, les droits spécifiques accordées au groupe ne sont pas nécessairement des droits collectifs, ils peuvent être accordés autant aux individus qu'au groupe entier¹⁶⁴³. Effectivement, les droits des groupes peuvent être appréhendés de deux manières. Pour certains auteurs, comme J. Tully, ce sont des droits réellement *collectifs*, c'est-à-dire que ce sont les groupes, appréhendés comme *entités morales*, qui en disposent¹⁶⁴⁴. Pour d'autres, comme W. Kymlicka – ou, dans le contexte français, S. Mesure et A. Renaut¹⁶⁴⁵ – les droits culturels ne doivent pas être des droits réellement *collectifs*, mais ne doivent être envisagés que dans leur rapport avec l'*individu*, afin de se garantir contre les dérives communautaristes des droits culturels et le renversement du primat de l'individu sur le groupe.

505. La reconnaissance de droits aux groupes semble a priori s'opposer au libéralisme de la neutralité¹⁶⁴⁶. Pour les tenants du libéralisme politique – et c'est l'un des principaux points sur lesquels les libéraux se sont opposés au communautariens – l'individu est appréhendé *indépendamment de ses appartenances*. *A contrario*, le multiculturalisme remet en cause cette manière d'envisager l'individu en prônant l'importance de la culture et de l'appartenance à un groupe, à qui est reconnu des droits *collectifs*. Or, cette particularité de l'État moderne – cette vision d'un individu abstrait – a permis la reconnaissance de l'universalité des droits. La nécessité de reconnaître des groupes va à l'encontre de l'indifférence aux différences : l'universalisme abstrait ne peut reconnaître de groupes car il ne connaît que des individus. Toutefois, la neutralité de l'État, dans son sens originel de neutralité-indifférence mise en œuvre de manière passive, s'est accompagnée d'un assimilationnisme culturel¹⁶⁴⁷. Le modèle de l'assimilation se fonde sur la non-prise en compte des appartenances culturelles ou religieuses par l'État. Penser les différences n'était alors pas compatible avec cette vision de la neutralité. Reconnaître les différences nécessite, au contraire, de reconnaître les dérives assimilationnistes de la neutralité-indifférence. La reconnaissance repose alors sur l'abandon de la foi dans le

¹⁶⁴² W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 58.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, p. 72.

¹⁶⁴⁴ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., pp. 18-19.

¹⁶⁴⁵ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit. Pour S. Mesure et A. Renaut, la reconnaissance de droits réellement collectifs présente notamment le risque de la dérive communautaire, et de la primauté des droits collectifs sur les droits individuels. Les droits culturels accordés au groupe doivent donc, pour eux, n'être envisagés que du point de vue de l'*individu*. Ils sont alors compris comme « des droits de l'individu à affirmer comme sienne la culture de son choix », ou plus précisément, comme des « droits de l'individu à posséder et à développer, éventuellement en commun avec d'autres au sein d'un groupe défini par des valeurs et des traditions partagées, sa propre vie culturelle, correspondant à une identité culturelle distincte de celle d'autres individus ou d'autres groupes » (p. 259 et p. 261).

¹⁶⁴⁶ Sur ce point, voir par exemple : D. WEINSTOCK, « Droits collectifs et libéralisme : une synthèse ? », art. cit.

¹⁶⁴⁷ Voir *supra*, § 432 et s.

progrès et de l'idée que certaines civilisations sont vectrices de progrès, et qu'ainsi, les minorités doivent y être assimilées pour accéder à la liberté¹⁶⁴⁸. Le fait de considérer que les groupes doivent être intégrés pour ce qu'ils sont, et donc reconnaître ce qui fait leur identité propre – donc les différences – va directement à l'encontre de l'assimilation issue de la philosophie des Lumières et de l'universalisme abstrait, dans laquelle « la diversité devait en définitive se résorber grâce à l'éducation et au progrès des Lumières et elle ne méritait, en tant que telle, aucune reconnaissance »¹⁶⁴⁹. L'intégration des groupes inhérente au multiculturalisme s'oppose au modèle de la neutralité-indifférence. Pour M. Walzer, l'assimilation individuelle et la reconnaissance de groupes, qu'il appréhende comme « deux formes de la tolérance », sont « exclusives l'une de l'autre », c'est-à-dire qu'elles ne sont pas compatibles : l'assimilation des individus nécessite que ces derniers renoncent à leur appartenance à un groupe¹⁶⁵⁰. Ces deux formes de tolérance correspondent à deux projets distincts de la politique moderne : la lutte pour l'inclusion des groupes – qui passe par l'assimilation *individuelle* – ou le « combat pour les frontières », qui implique la séparation des groupes¹⁶⁵¹. La philosophie du libéralisme politique est intrinsèquement opposée à la reconnaissance de droits différenciés à des groupes, car cela va à l'encontre du primat de l'individu¹⁶⁵². L'enjeu du multiculturalisme, dans son versant libéral, est alors d'articuler droits individuels et droits collectifs afin que la reconnaissance de droits collectifs ne porte pas atteinte aux principes constituant le socle libéral. Pour P. May, l'élément central du débat relatif au multiculturalisme est l'articulation entre droits individuels et droits des groupes¹⁶⁵³.

506. Le multiculturalisme opère ainsi une rupture avec l'abstraction des différences du libéralisme politique en prônant la nécessité de reconnaître juridiquement les groupes et leur accorder des droits différenciés. La reconnaissance de droits collectifs aux groupes est aux antipodes de la conception du citoyen abstrait, caractéristique de la neutralité libérale, et particulièrement prégnante dans la neutralité républicaine. Pour D. Weinstock, la reconnaissance de droits culturels collectifs s'oppose au principe de neutralité, car celui-ci « semble à première vue exiger que l'État s'abstienne complètement du champ culturel, dans la mesure où ce dernier est à la base des différentes identités particulières des membres de la société, et qu'il est inconcevable qu'il puisse y avoir un quelconque consensus sur les questions

¹⁶⁴⁸ P. SAVIDAN, « La reconnaissance des identités culturelles comme enjeu démocratique », art. cit., p. 237.

¹⁶⁴⁹ C. AUDARD, « Multiculturalisme et transformations de la citoyenneté », art. cit., p. 236.

¹⁶⁵⁰ M. WALZER, *Traité sur la tolérance*, op. cit., p. 123.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 125.

¹⁶⁵² S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 230.

¹⁶⁵³ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 13.

touchant à la culture »¹⁶⁵⁴. La reconnaissance de droits spécifiques aux groupes, si elle correspond à un objectif d'universalisme « concret »¹⁶⁵⁵ va néanmoins à l'encontre du principe d'universalité autour duquel se sont organisées les démocraties libérales modernes, car elle signifie que certains droits ne sont pas accordés à tous mais seulement à certains en fonction de leur appartenance à un groupe, et également car elle suppose un « pluralisme juridique à l'intérieur d'ordres juridiques étatiques pensés comme universellement et exclusivement valables sur un territoire donné »¹⁶⁵⁶. Par ailleurs, la figure du groupe porte atteinte à la séparation entre sphère publique et sphère privée, car le groupe « devient un organe médiateur entre le privé et le public »¹⁶⁵⁷.

507. Toutefois, s'ils reconnaissent des droits collectifs, les auteurs adhérents au multiculturalisme libéral, comme C. Taylor ou M. Seymour, ne renoncent pas aux droits individuels. En particulier, la théorie de W. Kymlicka est fondée sur l'individualisme : c'est uniquement en raison de l'autonomie de l'individu que doivent être reconnus des droits collectifs. L'appartenance à une culture est alors envisagée comme l'un des « biens premiers » de J. Rawls. La reconnaissance des groupes est alors au service de l'individu.

508. Conclusion de section. Plusieurs éléments relatifs au multiculturalisme s'opposent au principe de neutralité de l'État envisagé dans sa mise en œuvre classique de non-intervention. Il apparaît toutefois que les multiculturalistes, comme W. Kymlicka ou C. Taylor, ne s'opposent qu'à l'absence d'intervention de l'État, en raison de considérations liées à la justice. Le multiculturalisme libéral s'inscrit dans une volonté de répondre aux problématiques causées par la diversité des conceptions du bien. Dès lors, il ne s'agit pas de remettre en cause la nécessité pour l'État d'être neutre dans un contexte de pluralisme, mais d'articuler la reconnaissance des différences avec l'idéal de neutralité. Il s'agit donc, dans le multiculturalisme, de redéfinir la neutralité.

¹⁶⁵⁴ D. WEINSTOCK, « La problématique multiculturaliste », art. cit., p. 451.

¹⁶⁵⁵ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 185.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 127.

¹⁶⁵⁷ N. ROULAND, « Le droit français devient-il multiculturel ? », art. cit., p. 524.

SECTION 2. LA NEUTRALITE COMME OBJECTIF DE LA RECONNAISSANCE DES DIFFERENCES

510. La critique multiculturaliste défend l'idée que l'abstention de l'État ne suffit pas à assurer de manière satisfaisante la neutralité en raison notamment des exclusions originelles du cadre du Juste. Il ne s'agit donc pas d'une remise en cause de la neutralité en elle-même, mais seulement de sa *mise en œuvre*. La reconnaissance des différences n'est ainsi pas intrinsèquement opposée au principe de neutralité, malgré le caractère contre-intuitif de l'intervention de l'État neutre dans la sphère du Bien. Les politiques de reconnaissance prônées par le multiculturalisme témoignent de la nécessité d'une neutralité *active*, c'est-à-dire d'une neutralité de soutien. P. May parle d'une « réactualisation du libéralisme »¹⁶⁵⁸ qui correspond à un réajustement de la neutralité à la diversité. Ainsi, il ne s'agit pas, pour les libéraux défenseurs du multiculturalisme, de remettre en question l'idéal de neutralité, mais d'exiger que cet idéal soit effectivement concrétisé.

511. Le multiculturalisme défend l'idée que l'État doit intervenir pour reconnaître les différences, afin de permettre à tous les individus, y compris les minorités originellement exclues du cadre du Juste, de bénéficier des mêmes opportunités que la majorité de poursuivre sa propre conception du bien : en cela, la reconnaissance des différences est compatible avec le principe de neutralité de l'État (§1).

512. Toutefois, si l'intervention de l'État – à travers la reconnaissance des différences – n'est pas fondamentalement incompatible avec le principe de neutralité, l'abandon de l'élément de retrait originellement lié au principe a pour conséquence la défense d'une conception particulière de la neutralité : la neutralité des conséquences, qui est envisagée comme un approfondissement de l'élément d'égalité relatif à la neutralité (§2).

¹⁶⁵⁸ P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., p. 56.

§1. La compatibilité de la reconnaissance des différences avec le principe de neutralité de l'État

513. La principale raison d'être du principe de neutralité de l'État est d'assurer la légitimité du pouvoir : si l'État incarnait et défendait une conception du bien, les individus ne seraient plus *égaux* dans la poursuite de la vie bonne¹⁶⁵⁹. L'élément d'égalité est ainsi un pan majeur de l'idéal de neutralité¹⁶⁶⁰. En raison de l'importance de l'élément d'égalité relatif à la neutralité, la reconnaissance des différences apporte une dimension manquante au principe de neutralité et permet de pallier les insuffisances de l'universalisme abstrait, car le désengagement de l'État des questions relatives à la société civile ne suffit pas à assurer de manière satisfaisante la dimension égalitaire du principe de neutralité. Dès lors, l'exigence d'égalité rattachée à l'idéal de neutralité doit être envisagée de manière différente, et la mise en œuvre de la neutralité doit alors inclure une dimension *active* : l'État va intervenir pour établir l'égalité, et, par conséquent, la neutralité. La dimension active du principe vise ainsi à améliorer sa concrétisation en assurant une plus grande égalité. (I)

514. Il s'agira de montrer que, si cette acception de la neutralité va à l'encontre de l'élaboration libérale du principe – qui l'a davantage envisagée comme le *désengagement* de l'État – l'intervention de l'État dans la sphère privée est néanmoins compatible avec l'idéal de neutralité de l'État. (II)

I. L'élément d'égalité inhérent au concept de neutralité de l'État renforcé par la reconnaissance des différences

515. L'élément d'égalité a toujours été partie intégrante au concept de neutralité¹⁶⁶¹. Toutefois, dans le multiculturalisme, la manière d'envisager l'égalité inclut un élément d'action de la part de l'État : la reconnaissance des différences. Le multiculturalisme vise un *approfondissement* de l'égalité par la remise en cause d'une conception purement formelle de celle-ci. L'étude de cette dimension active de la neutralité ne peut alors être envisagée sans la lier aux débats relatifs à l'égalité formelle et l'égalité réelle. La question de la mise en œuvre

¹⁶⁵⁹ R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit.

¹⁶⁶⁰ A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », art. cit.

¹⁶⁶¹ R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit.

– active ou passive de la neutralité – renvoie en réalité à la question de l'égalité et de la manière dont celle-ci est appréhendée – de manière réelle ou formelle. L'approfondissement de l'élément d'égalité pose la question du traitement des différences car l'égalité formelle établie par les démocraties libérales dissimulerait des inégalités de fait¹⁶⁶². Ces inégalités doivent ainsi être prises en compte par l'État afin rétablir l'égalité *réelle*. Or, cela nécessite, pour l'État, de prendre en compte les différences. Ainsi, la question du traitement des différences est à l'origine d'une appréhension plus active de la neutralité. C'est l'importance croissante qu'a pris l'égalité dans les démocraties contemporaines, notamment à travers la question du rapport entre majorité et minorités, qui a suscité une mutation du principe de neutralité. Le principe de neutralité a donc évolué du fait de la nécessité de répondre à cette demande d'égalité issue de groupes minoritaires. Pour S. Mesure et A. Renaut, c'est l'importance accrue de l'égalité dans les sociétés contemporaines qui nécessite l'intervention de l'État *via* la reconnaissance publique des différences, car cette logique égalitariste a conduit à l'exigence contemporaine de « laisser chacun être soi-même voire de favoriser la libre expression, par chaque, de ce qu'il est »¹⁶⁶³.

516. Dans le multiculturalisme, l'enjeu de la reconnaissance est celui de l'égalité : le multiculturalisme poursuit l'idéal d'égalité des individus, et part du postulat que la reconnaissance de la diversité est une manière de mieux réaliser cet idéal d'égalité¹⁶⁶⁴. Pour B. Parekh, « [l]e principe d'égalité ne devrait pas être interprété en termes d'égalité de droits spécifiques, mais en termes d'égalité du droit général à mener la vie que l'on choisit »¹⁶⁶⁵. Dans la théorie de W. Kymlicka, la justification du droit des minorités est l'égalité : selon lui, seule la reconnaissance peut parvenir à une égalité entre citoyens. Dans *La citoyenneté multiculturelle*, il expose en premier lieu l'égalité comme argument de défense de la compatibilité du droit des minorités avec le libéralisme. Se fondant sur l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹⁶⁶⁶, il soutient l'argument selon lequel « la reconnaissance des différences est l'essence même de la vraie égalité »¹⁶⁶⁷, car les groupes minoritaires ont besoin d'être appréhendés de manière différente par l'État afin que ce dernier prenne en compte les préjudices subis par ces minorités dans leurs choix de vie. Par ailleurs, pour W. Kymlicka, seule l'égalité justifie les droits des groupes : ce ne sont pas les cultures en elles-mêmes qui

¹⁶⁶² Voir *supra*, § 448 et s.

¹⁶⁶³ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 300.

¹⁶⁶⁴ P. SAVIDAN, « La reconnaissance des identités culturelles comme enjeu démocratique », art. cit., p. 235.

¹⁶⁶⁵ B. PAREKH, « Sociétés multiculturelles et crise de l'État-nation », in F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGE (dirs.), *Pluralisme, citoyenneté & éducation*, coll. « Éthikè », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1996, p. 143.

¹⁶⁶⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

¹⁶⁶⁷ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 159.

justifient leur reconnaissance, mais le fait que les individus y adhérant n'aient pas eu, à l'origine, les mêmes opportunités¹⁶⁶⁸. En raison des inégalités originelles, l'intervention de l'État est nécessaire dans une optique de correction. De même, pour C. Taylor, l'égalité est le cœur de la philosophie de la reconnaissance :

« Ce qui est sous-jacent aujourd'hui à l'exigence de reconnaissance est un principe d'égalité universelle. La politique de la différence dénonce toutes les discriminations et refuse toute citoyenneté de seconde classe. »¹⁶⁶⁹

517. En plaçant l'égalité au cœur de leur théorie, les théoriciens du multiculturalisme s'inscrivent dans une perspective visant l'idéal de neutralité. Il ne s'agit pas de renoncer à la neutralité – ni à l'universalisme – mais de les renforcer. Si W. Kymlicka critique la « neutralité bienveillante »¹⁶⁷⁰, sa « théorie libérale du droit des minorités »¹⁶⁷¹ – parce qu'elle vise à renforcer l'égalité et la liberté – poursuit un objectif de neutralité. L'enjeu du multiculturalisme est de rompre avec l'universalisme *abstrait*, et non avec l'universalisme en tant que tel. En effet, le multiculturalisme « est d'inspiration universaliste » car « la plupart des mesures multiculturelles ont une base individualiste : c'est au nom du droit à l'authenticité, du respect des croyances personnelles et de l'égalité des individus que les mesures multiculturelles sont mises en place »¹⁶⁷². Pour C. Taylor, il « existe naturellement un fondement universaliste » à la politique de la différence¹⁶⁷³. Dans ses écrits, C. Taylor défend un « idéal d'authenticité » – qui correspond à l'idéal d'« être fidèle à moi-même et à ma propre manière d'être »¹⁶⁷⁴ qu'il lie aux sociétés modernes¹⁶⁷⁵. Cet idéal d'authenticité, qui « invite à penser qu'il nous faut chercher en nous le modèle de vie qui doit être le nôtre »¹⁶⁷⁶, est fortement lié à l'idéal de neutralité : seule la neutralité permet aux individus l'idéal d'authenticité¹⁶⁷⁷. L'évolution de la pensée de C.

¹⁶⁶⁸ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit.

¹⁶⁶⁹ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., pp. 57-58.

¹⁶⁷⁰ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., Chap. 6. Dans ce chapitre, W. Kymlicka détaille les causes de l'insuffisance de la neutralité par abstention – ou neutralité « bienveillante ».

¹⁶⁷¹ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit.

¹⁶⁷² P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., pp. 17-18.

¹⁶⁷³ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., p. 57.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 44 et s.

¹⁶⁷⁶ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 38.

¹⁶⁷⁷ Ainsi, C. Taylor lie – comme le relève J. Waldron – l'authenticité, l'identité, la reconnaissance, la différence et le principe d'égalité : « L'*authenticité* sous-entend l'idée selon laquelle chacun d'entre nous devrait vivre d'une façon qui est fidèle à ce qu'il est, en refusant de se conformer à un mode de vie pour la seule raison qu'il serait adopté par d'autres. La *reconnaissance* traduit l'idée selon laquelle les autres devraient être sensibles à ma quête d'authenticité. Ils ont le devoir de me respecter par rapport à ce que je suis authentiquement et à ce que j'aspire à être, et non pas par rapport à l'idée qu'ils se font de ce que je devrais être. L'idée de *différence* apparaît lorsque le type d'individu que je pense être et qui, selon moi, doit être reconnu à ce titre, ne correspond pas au type d'individu que tu penses être et qui, selon toi, doit être à ce titre reconnu. De cela, les partisans de la différence

Taylor, qui passe « du communautarisme à la neutralité libérale »¹⁶⁷⁸, montre que la neutralité de l'État peut s'enrichir de ses critiques : le « second Taylor » se fait le défenseur de la neutralité de l'État, et y inclut une forme active de neutralité afin de prendre en compte les différences dans une perspective d'accroissement de l'égalité.

518. La prise en compte des différences afin d'approfondir l'égalité inhérente à la neutralité suppose nécessairement une action de la part de l'État. En raison des failles de l'universel, celui-ci ne peut se contenter de rester en retrait des sujets relatifs à la sphère privée. En intervenant pour reconnaître les modes de vie, l'État offrirait aux minorités les moyens effectifs de vivre en accord avec ces derniers et donc avec leurs conceptions du bien. Seule l'intervention de l'État en vue de reconnaître les différences culturelles des minorités permettrait à celles-ci une réelle liberté de choix quant aux conceptions du bien, et permettrait ainsi de parfaire l'idéal de neutralité. W. Kymlicka rappelle ainsi que le libéralisme « confère notamment aux individus une très large liberté dans les choix relatifs à la manière de conduire leur vie » ; en effet, « [c]hacun peut non seulement choisir une conception de la vie bonne, mais peut ensuite décider de remettre en question et d'adopter un nouveau mode de vie qu'il espère alors plus conforme à ses aspirations »¹⁶⁷⁹. Cela nécessite d'abord que les individus disposent « des libertés et des moyens requis pour mener leur vie, conformément à leurs croyances sur le plan des valeurs, sans craindre de discriminations ni de sanctions »¹⁶⁸⁰, et que l'État mette à leur disposition « des informations concernant d'autres modes de vie (grâce à la liberté d'expression) et, de fait, présente aux enfants (dans le cadre de la scolarisation) d'autres modes de vie »¹⁶⁸¹. Or, pour W. Kymlicka, cette possibilité de choisir entre plusieurs options n'a de sens que si les individus ont accès à la « culture sociétale »¹⁶⁸² à laquelle ils se rattachent. Les

infèrent que les exigences du respect interpersonnel puissent ne pas être les mêmes selon les personnes. Il peut y avoir une différence entre l'idée que je me fais du respect que je te dois et celle que tu te fais du respect que tu me dois. Des individus différents peuvent, dans cette perspective, avoir des droits différents. Ainsi n'avons-nous pas à présupposer qu'il en va de même pour chacun. Le principe d'*égale dignité* implique cependant qu'en un sens toute identité a droit au *même* respect : il ne peut y avoir, dans une société libérale et démocratique, de citoyens de seconde classe. » (J. WALDRON, « Identité culturelle et responsabilité civique », in *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 175).

¹⁶⁷⁸ B. GAGNON, « Du communautarisme à la neutralité libérale », art. cit.

¹⁶⁷⁹ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 120.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 122.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 123.

¹⁶⁸² *Ibid.*, pp. 114-115 : W. Kymlicka définit la culture sociétale comme « une culture qui offre à ses membres des modes de vie, porteurs de sens, qui modulent l'ensemble des activités humaines, au niveau de la société, de l'éducation, de la religion, des loisirs et de la vie économique, dans les sphères publique et privée » ; elles sont « sociétales » car elles « ne renvoient pas simplement à une mémoire ou à des valeurs partagées, mais comprennent en outre des institutions et des pratiques communes ». Pour l'auteur, il est possible de reconnaître des droits culturels uniquement aux cultures sociétales car ces droits ont pour seule vocation de protéger et améliorer la possibilité qu'ont les individus de mener leurs modes de vie et leurs conceptions du bien. Sur les difficultés de cette notion, voir : D. WEINSTOCK, « Droits collectifs et libéralisme : une synthèse ? », art. cit., p. 62.

cultures sociétales des groupes minoritaires doivent être reconnues afin que les membres de ces groupes puissent y avoir accès, et être pleinement libre de choisir leur mode de vie et conception du bien. Ainsi, pour l'auteur, le fait de reconnaître des droits spécifiques aux groupes permet à leurs membres une plus grande liberté de choix. Les cultures sont des « contextes de choix », « c'est-à-dire des contextes à partir desquels et par la présence desquels le choix d'exercer notre liberté ainsi ou autrement prend un sens – que ce soit sous la forme d'une adhésion aux valeurs de telle culture ou à travers le refus de ces valeurs, par rupture avec le choix de vie qu'elles induisaient »¹⁶⁸³. Ainsi, si l'État veut remplir l'exigence de neutralité, il doit permettre ces contextes de choix¹⁶⁸⁴. La théorie du droit des minorités de W. Kymlicka est une théorie *libérale*, issue et justifiée par l'idéal de neutralité. Il s'agit, pour W. Kymlicka, de redéfinir le libéralisme, en incluant les droits des minorités, en vue de parfaire l'idéal de neutralité, dont la mise en œuvre passive a été insuffisante. L'objectif est de défendre et de préserver les contextes de choix des individus afin qu'ils puissent choisir librement leur mode de vie et leur conception du bien : l'objectif est donc clairement celui de la neutralité. Pour W. Kymlicka, les droits différenciés visent précisément à protéger les minorités des inégalités causées par l'assimilation à la culture majoritaire. Il ne remet donc pas en question le principe de neutralité de l'État, car il conserve la priorité du Juste : il ne s'agit pas pour l'État d'institutionnaliser une ou plusieurs conceptions du bien. L'État reste neutre, mais reconnaît les différences en vue d'éviter la pression assimilatrice aux minorités. Les choix culturels font partie des choix des individus quant à leur conception du bien, et ainsi, le fait de conserver les cultures offre aux individus une plus large liberté de choix¹⁶⁸⁵. En ce sens, pour J. Raz¹⁶⁸⁶, la responsabilité de l'État est de garantir un grand nombre de choix de vie possibles afin de protéger cette liberté de choix¹⁶⁸⁷. L'action de l'État doit être expansive, c'est-à-dire revêtant des actions réellement positives en vue d'assurer la liberté de choix des citoyens.

519. Ainsi, la reconnaissance des différences poursuit un idéal de neutralité : il s'agit, par l'intervention de l'État pour pallier les inégalités de fait, de permettre à chaque individu la possibilité de poursuivre sa propre conception de la vie bonne. La neutralité est ainsi au cœur de la théorie multiculturaliste, du fait de son attachement à l'idéal d'égalité. Le rôle de l'État

¹⁶⁸³ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 235.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*

¹⁶⁸⁵ D. WEINSTOCK, « La neutralité de l'État en matière culturelle est-elle possible ? », in R. LE COADIC (dir.), *Identités et démocratie. Diversité culturelle et mondialisation : repenser la démocratie*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 370.

¹⁶⁸⁶ J. RAZ, *The morality of freedom*, op. cit.

¹⁶⁸⁷ D. WEINSTOCK, « La neutralité de l'État en matière culturelle est-elle possible ? », art. cit., p. 370.

libéral est de permettre aux individus de vivre selon leur conception du bien, et donc leur culture. Il a donc la responsabilité de rendre cela possible pour tous les individus, y compris pour les membres de groupes minoritaires. Dans la philosophie libérale, le rôle de l'État est de « faire en sorte que tous puissent disposer des moyens matériels et institutionnels nécessaires pour tenter de mener à bien leur propre conception de la vie bonne »¹⁶⁸⁸. La reconnaissance apparaît alors comme la *condition* de la recherche de la vie bonne. Toutefois, dans le multiculturalisme, la neutralité est atteinte par la reconnaissance des différences et prend donc une forme *active* nécessitant l'intervention de l'État. Or, la neutralité contient un élément de non-intervention, qui soulève la question d'une potentielle contradiction de la neutralité active.

II. La compatibilité de l'intervention de l'État avec le concept de neutralité

520. Le principe de non-intervention de l'État dans les questions relatives au Bien est, avec l'égalité, l'un des deux éléments constitutifs du principe de neutralité. La difficulté posée par la reconnaissance des différences, dans la théorie multiculturaliste, est que le perfectionnement de l'élément d'égalité implique le renoncement à l'élément de non-intervention : l'intervention de l'État est nécessaire à la reconnaissance des différences. L'approfondissement de la dimension égalitariste de la neutralité soulève ainsi la question de savoir si un État neutre peut être un État « interventionniste », c'est-à-dire s'il est possible d'envisager une neutralité « active ». Comme l'a notamment rappelé K. Popper, l'intervention de l'État libéral n'a rien d'antinomique, car aucune liberté n'est possible si l'État ne la garantit pas :

« Libéralisme et intervention de l'État ne sont pas contradictoires ; aucune liberté n'est possible si l'État ne la garantit pas. »¹⁶⁸⁹

De fait, même lorsqu'elle est envisagée de manière passive, la neutralité de l'État procède nécessairement d'un choix idéologique de l'État, d'une volonté de *neutralisation* des conflits, et donc d'une forme d'action ayant pour but de garantir la liberté des individus. Pour paraphraser K. Popper, aucune neutralité n'est possible si l'État ne la garantit pas. L'action de l'État est alors inhérente à l'idéal de neutralité. Dans *Social Justice in the Liberal State*, B. Ackerman défend la possibilité pour l'État neutre d'intervenir, et démontre qu'interventionnisme et neutralité ne sont pas contradictoires : au contraire l'État libéral doit

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 369.

¹⁶⁸⁹ K.R. POPPER, *La société ouverte et ses ennemis*, 1, *op. cit.*, p. 140.

intervenir en permanence pour que « le libéralisme devienne une réalité vivante »¹⁶⁹⁰. Un État neutre n'est pas nécessairement un État minimal. Il n'y a pas d'incompatibilité entre l'action de l'État et la neutralité car le « principe de neutralité n'exige l'abstention que par rapport aux actions qui ne peuvent pas être justifiées d'une façon neutre »¹⁶⁹¹. Dans la mesure où l'idéal de neutralité de l'État repose sur l'idée qu'il est de la responsabilité de l'État d'assurer la possibilité pour chacun de poursuivre sa propre conception du bien¹⁶⁹², la possibilité pour l'État d'intervenir en ce sens paraît cohérente. S'il s'avère que tous les individus n'ont pas la même chance de poursuivre une conception du bien spécifique, l'État doit rétablir l'égalité dans cette recherche, et cela exige nécessairement une intervention. Neutralité et État minimal ne sont donc pas nécessairement liés, et ce, quel que soit l'angle abordé. En effet, si l'État neutre n'est pas nécessairement minimal, il est également vrai que l'État minimal n'est pas nécessairement neutre. Comme le rappelle P. Da Silveira, un État minimal n'est pas nécessairement neutre, car ses rares interventions dans la vie sociale peuvent avoir pour but de favoriser une conception du bien particulière¹⁶⁹³.

521. Pour D. Weinstock, s'appuyant notamment sur la pensée de J. Raz, « les mesures de construction nationale dont la visée est l'assimilation des membres de groupes culturels minoritaires et la disparition des cultures dont ils sont issus est contraire aux principes éthiques sous-jacents à la philosophie de la démocratie libérale » car « elles contreviennent à l'idée selon laquelle la principale responsabilité de l'État est de contribuer à l'exercice de l'autonomie de l'agent humain » et « *limitent le répertoire culturel au sein duquel les individus pourront puiser afin de se construire leur conception de la vie bonne* »¹⁶⁹⁴. Ainsi, la reconnaissance des différences va davantage dans le sens de la philosophie libérale que la neutralité-indifférence, car la neutralité libérale s'est toujours fondée sur le constat et la prise en compte de la pluralité, non sur son ignorance. Dans le même sens, W. Kymlicka démontre que la tradition libérale n'a pas toujours rejeté la reconnaissance des minorités, et qu'ainsi, le libéralisme, en lui-même, n'est pas incompatible avec la reconnaissance du droit des minorités :

« L'orthodoxie actuelle veut que le libéralisme se soit toujours opposé à la politisation de la culture, et que les revendications des groupes culturels pour obtenir une reconnaissance politique constituent une déviation récente et

¹⁶⁹⁰ B. ACKERMAN, *Social justice in the liberal state*, op. cit., p. 307 (traduction libre).

¹⁶⁹¹ P. DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », art. cit..

¹⁶⁹² P. JONES, « The ideal of the neutral state », art. cit.

¹⁶⁹³ P. DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », art. cit., p. 234.

¹⁶⁹⁴ D. WEINSTOCK, « La neutralité de l'État en matière culturelle est-elle possible ? », art. cit., p. 370.

répressive par rapport à la pratique libérale établie depuis longtemps [note de bas de page supprimée]. Cela n'est pas vrai. [...]

Certains libéraux se sont opposés aux droits des minorités, mais pas parce qu'ils adhéraient au principe de "neutralité bienveillante". Ils se préoccupaient non de justice, mais de stabilité. »¹⁶⁹⁵

Dans son article sur la « politisation de la culture », il évoque les différentes causes historiques du rejet de la reconnaissance des minorités dans la tradition libérale, en montrant que celle-ci n'y a pas toujours été opposé. Ces causes sont, selon lui, l'échec de la Société des Nations, qui protégeait les minorités, la déségrégation raciale aux États-Unis, interprétée comme interdisant des politiques spécifiques aux minorités, ainsi que la reconnaissance ethnique américaine dans les années 1960-1970, qui eut pour conséquence de rendre « l'ethnicité de plus en plus importante dans la vie politique américaine »¹⁶⁹⁶. Or, selon lui, ces trois causes peuvent au contraire servir de justification à la compatibilité entre libéralisme et reconnaissance des différences :

« La première concède le caractère juste des droits des minorités, et la deuxième et la troisième plaident contre l'existence d'institutions séparées pour les groupes raciaux ou les groupes d'immigrants sur des bases qui sont compatibles avec la légitimité des droits nationaux, et qui les soutiennent même dans certains cas. »¹⁶⁹⁷

De même, dans *La citoyenneté multiculturelle*, il soutient explicitement la thèse selon laquelle, non seulement le droit des minorités est compatible avec les principes fondamentaux du libéralisme – ceux de la liberté individuelle – mais surtout, « qu'ils peuvent en fait la promouvoir »¹⁶⁹⁸. La reconnaissance de droits aux minorités permettrait alors d'accroître leur liberté.

522. Pour M. Seymour, la reconnaissance est en continuité avec le libéralisme de la tolérance qu'il distingue du libéralisme de l'autonomie. Plus encore, il considère que ce type de libéralisme *fonde* la reconnaissance :

« [...] je propose de fonder la pensée libérale sur la tolérance et non sur la notion d'autonomie politique. Lorsque la tolérance, conçue comme un simple *modus vivendi* et donc comme la permission que l'on accorde à l'autre de se situer dans l'erreur, induit

¹⁶⁹⁵ W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », art. cit., pp. 99-100.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 106.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 114.

¹⁶⁹⁸ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 113.

une certaine stabilité, cela a pour effet d'engendrer le respect mutuel. La tolérance se transforme en respect et devient de cette manière une reconnaissance réciproque et égale. Le libéralisme politique de Rawls est fondé sur un concept de tolérance défini de cette façon. Le libéralisme politique est dès lors lui-même une théorie de la reconnaissance. Ensuite, une fois que l'on est confronté à des inégalités structurelles sur les plans culturel et socioéconomique, la tolérance conçue au sens de respect aboutit à des politiques de discrimination positive, à l'adoption de politiques de la différence et au principe de différence. On ne fait pas cela parce que l'on veut que chaque individu et chaque groupe participent pleinement aux affaires de la cité. On le fait parce que le respect mutuel commande des politiques actives pour contrer les déséquilibres affectant la structure de base de la société. C'est la présence d'inégalités socioéconomiques et culturelles dans la structure de base de la société qui nous oblige, si l'on entérine le principe de tolérance, à appliquer le principe de différence en matière socioéconomique et à appliquer une politique de la reconnaissance des différences culturelles. »¹⁶⁹⁹

Ainsi, pour M. Seymour, bien que le libéralisme se soit historiquement développé et incarné dans des États culturellement homogènes¹⁷⁰⁰, ou gérés comme tels¹⁷⁰¹, il n'est néanmoins pas incompatible avec la reconnaissance des différences. Il s'agit alors de renoncer au modèle de l'État-nation pour aller vers « la citoyenneté multiculturelle », c'est-à-dire une démocratie libérale prenant en compte et reconnaissant les différences parmi sa population. S'il s'inscrit, comme C. Taylor et W. Kymlicka, dans un cadre libéral ne remettant nullement en cause le cadre des droits et libertés individuels, il n'opère pas, comme ces auteurs, de hiérarchisation entre droits individuels et droits collectifs. Selon lui, le libéralisme peut être compatible avec la reconnaissance des différences en accordant la même importance aux deux types de droit. Ainsi, dans sa théorie, « le libéralisme ne suppose plus la primauté absolue des droits et libertés individuels, car il est compatible avec l'adoption de droits collectifs qui peuvent eux aussi être des principes fondamentaux, inaliénables, et ne devant être subordonnés à aucun autre principe »¹⁷⁰². Admettre l'égale importance des droits collectifs et des droits individuels ne signifie pas, comme l'admet le courant communautarien, donner la primauté aux

¹⁶⁹⁹ M. SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, op. cit., pp. 164-165.

¹⁷⁰⁰ M. Seymour fait référence à ce qu'il nomme le « paradoxe libéral », qui « s'illustre par le fait que la pensée libérale, qui défend des valeurs universelles de liberté et d'égalité, a historiquement été associée au particularisme de l'État-nation » (M. SEYMOUR, « Le libéralisme, la politique de la reconnaissance et le cas du Québec », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 120). Il analyse par exemple les théories de J.S. Mill ou de J. Rawls, qui ont pensé le libéralisme dans le cadre de l'État-Nation.

¹⁷⁰¹ B. PAREKH, « Sociétés multiculturelles et crise de l'État-nation », art. cit.

¹⁷⁰² M. SEYMOUR, « Le libéralisme, la politique de la reconnaissance et le cas du Québec », art. cit., p. 127.

droits collectifs *sur* les droits individuels, et s'intègre donc sans difficulté au cadre libéral. D'où le fait que pour M. Seymour, si le libéralisme peut s'accommoder aux différences, il doit pour cela renoncer à l'individualisme moral, c'est-à-dire à la primauté de droits individuels sur tout autre principe, qui n'est pas inhérent au libéralisme, mais est considéré comme tel, alors que cette primauté résulte, selon M. Seymour, de l'État-nation¹⁷⁰³. Ainsi, non seulement la reconnaissance des différences est compatible avec le libéralisme, mais surtout, elle permet de l'améliorer en étant plus en accord avec l'idéal libéral garantissant à chaque individu une liberté de choix :

« Si l'État libéral veut s'affranchir du nationalisme qui sous-tend le modèle de l'État-nation homogène et si cet État est *de facto* multinational, il faudrait qu'il soit disposé à se transformer dans un État multinational *de jure*. Si les peuples sont conçus comme des communautés linguistiques et historiques partageant une même structure de culture, un même carrefour d'influences et un même contexte de choix, et qu'un État contient en son sein plusieurs peuples de ce genre, il doit alors s'engager dans une politique de la reconnaissance de ces différents peuples. Il doit le fait non seulement pour ne plus être sous l'emprise du nationalisme, il doit aussi y parvenir pour réaliser vraiment l'idéal libéral. Car pour que les individus soient vraiment libres, il faut qu'on leur donne la possibilité de choisir. Or, cette possibilité de choisir est conditionnée par la présence d'un ensemble d'institutions écrites dans un carrefour d'influences et qui offrent un contexte de choix. Les peuples au sein d'un État multinational ont donc le droit de maintenir, développer et gérer leurs propres institutions. La protection de ces droits collectifs n'est pas seulement compatible avec le libéralisme ; elle est prescrite par le libéralisme. La conclusion est donc qu'il faut protéger les droits collectifs des peuples pour être vraiment libéral. »¹⁷⁰⁴

Ainsi, la reconnaissance des droits collectifs est également compatible avec le principe de neutralité de l'État car elle n'implique pas – contrairement à la philosophie communautarienne – une remise en cause de la priorité du Juste sur le Bien. Pour que les droits collectifs soient compatibles avec le principe libéral de neutralité, le critère essentiel est que la reconnaissance de ces droits ne se fonde pas sur une conception du bien¹⁷⁰⁵.

523. Cette évolution dans la manière d'appréhender l'intervention de l'État témoigne d'une mutation dans la manière d'envisager la liberté individuelle. Dans les États

¹⁷⁰³ *Ibid.*, p. 129 : « C'est d'ailleurs parce que ces sociétés souscrivaient au modèle de l'État-nation qu'elles ont été amenées à affirmer la primauté absolue des droits individuels ».

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, pp. 128-129.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, pp. 132-133.

contemporains, il y a un élargissement des fonctions de l'État et de son rôle¹⁷⁰⁶. Comme le relève M. Gauchet dans sa préface à l'œuvre de B. Constant, depuis l'aube de la modernité, « la puissance publique n'a cessé de croître, les fonctions de l'État de s'élargir et sa pénétration de la société civile de gagner de s'affiner »¹⁷⁰⁷. La liberté individuelle n'est pas seulement assurée par le retrait de l'État, mais peut l'être par son extension : l'accroissement de la présence de l'État ne se fait pas nécessairement au détriment de la sphère de liberté individuelle. Au contraire, comme l'explique M. Gauchet, ces deux phénomènes peuvent largement coexister, comme le montre la réalité des régimes libéraux contemporains¹⁷⁰⁸. Il y a, à l'époque contemporaine, une remise en cause de la liberté des Modernes, au sens où la liberté libérale ne correspond plus uniquement à la liberté négative¹⁷⁰⁹. Dans son ouvrage relatif aux États-Unis, J.-F. Spitz s'interroge sur le glissement dans la manière d'appréhender la liberté individuelle¹⁷¹⁰. Il part de l'interrogation de la pérennité de la liberté individuelle dans les démocraties occidentales – « Ont-elles cessé d'être des sociétés de liberté individuelle ? » – et défend l'idée que, malgré l'intervention croissante de l'État, notamment dans la sphère sociale, la liberté individuelle est toujours le cœur des démocraties libérales. Selon J.-F. Spitz, la conception moderne de la liberté individuelle est organisée autour du « règne de la loi impartiale »¹⁷¹¹. Or, désormais, la liberté individuelle se définit « par l'accès de tous aux conditions de l'indépendance »¹⁷¹². Ainsi, la liberté individuelle est toujours le cœur des régimes contemporains, mais il est désormais défendu qu'elle nécessite une intervention de l'État pour permettre aux individus de réaliser leurs choix de vie¹⁷¹³. Pour W. Galston, « le pouvoir de l'État peut faire progresser la liberté tout autant qu'il peut l'entraver »¹⁷¹⁴. Or, la reconnaissance a précisément pour objectif d'accroître la liberté individuelle et la liberté de choix dans une perspective d'élargissement de l'exigence de neutralité de l'État, en prenant acte du « rôle des cultures comme condition préalable à la liberté individuelle et comme facteur qui

¹⁷⁰⁶ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 226 et s.

¹⁷⁰⁷ M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », art. cit., p. 71.

¹⁷⁰⁸ M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », art. cit.

¹⁷⁰⁹ V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », art. cit. ; M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », art. cit.

¹⁷¹⁰ J.-F. SPITZ, *Le mythe de l'impartialité : les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine (1870-1940)*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2014.

¹⁷¹¹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 226 : « Le glissement se produit lorsque la liberté, entendue comme la faculté pour les individus de poursuivre le libre développement de leur personnalité et de réaliser leur choix de vie, devient un "droit" de les réaliser. Il ne s'agit en effet plus de revendiquer la simple faculté de faire ce que l'on souhaite, mais les moyens de le faire. ».

¹⁷¹⁴ W.A. GALSTON, « Taking Liberty », *Washington Monthly*, avril 2005, vol. 37, n° 4, pp. 36-42., cité par J.-F. SPITZ, *Le mythe de l'impartialité*, op. cit., p. 8.

lui donne forme et contenu »¹⁷¹⁵. Le multiculturalisme propose précisément une redéfinition de la liberté individuelle incluant la culture d'appartenance :

« Offrir à chaque individu la possibilité de faire des choix de vie qui ont un sens pour lui, parce que ceux-ci s'inscrivent dans un contexte culturel donné auquel il est attaché, tel est l'enjeu de cette évolution. »¹⁷¹⁶

Le multiculturalisme nécessite le soutien de l'État pour permettre aux individus d'être réellement libres. Ainsi, il ne s'agit pas de remettre en cause le socle libéral, mais de considérer qu'une société n'est véritablement libérale que si elle est « capable de respecter la diversité »¹⁷¹⁷.

524. Avec la proposition multiculturaliste, il s'agit de reconnaître les individus et les groupes qui poursuivent des conceptions de la vie bonne différentes de la conception du groupe majoritaire. Si la neutralité reste l'objectif final de la reconnaissance des différences, la proposition multiculturaliste propose une redéfinition de celle-ci, et défend la neutralité des *conséquences*.

§2. Une forme spécifique de la neutralité recherchée par le multiculturalisme : la neutralité des conséquences

525. Si la reconnaissance des différences est compatible avec le principe de neutralité de l'État dans son sens le plus général – celui d'un État qui ne prend pas parti pour une conception particulière du bien et permet la coexistence de différentes visions du Bien au sein du cadre du Juste – elle renvoie toutefois à une forme particulière de la neutralité : la neutralité des conséquences. Le concept de neutralité renvoie – schématiquement – à trois formes différentes de la neutralité : la neutralité des *justifications*, la neutralité des *intentions*, et la neutralité des *conséquences*¹⁷¹⁸. La reconnaissance des différences, qui nécessite un fort interventionnisme de la part de l'État, ne peut correspondre uniquement aux deux premières formes, mais exige de respecter la neutralité des conséquences. Plus précisément, les revendications minoritaires d'un droit à la différence traduisent une demande de neutralité des conséquences (I).

¹⁷¹⁵ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 178 (traduction libre).

¹⁷¹⁶ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 6.

¹⁷¹⁷ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., p. 82.

¹⁷¹⁸ Voir *supra*, § 18 et s.

526. Chez les théoriciens de la neutralité, le consensus autour de la question des exigences liées à la neutralité s'était établi autour de la neutralité des justifications, la neutralité des conséquences étant alors considérée comme impraticable. Toutefois, la neutralité des conséquences ne renvoie pas à une seule conception, et l'élément d'égalité au cœur des critiques contemporaines de la neutralité et, en particulier, du multiculturalisme libéral témoigne d'une forme plus spécifique de neutralité des conséquences défendue : la neutralité comme égalité d'opportunités, qui correspond à un approfondissement de l'élément d'égalité inhérent à la neutralité (II).

I. La neutralité des conséquences au cœur de la question des différences

527. En défendant la nécessité pour les minorités de bénéficier des mêmes opportunités que la majorité, le multiculturalisme libéral prône en réalité la neutralité des conséquences en ce qu'il s'attache à approfondir la dimension égalitariste de la neutralité. La neutralité des conséquences implique que les politiques étatiques aient les mêmes conséquences pour tous les individus, c'est-à-dire que l'action de l'État n'ait pas pour *effet* de favoriser l'une ou l'autre conception du bien. Cela signifie qu'il ne suffit pas qu'une politique soit *justifiée* de manière neutre, ou que l'*intention* de l'État soit neutre, les *conséquences* d'une politique doivent être neutres. Dès lors qu'une politique étatique a pour effet de favoriser ou de défavoriser une ou plusieurs conceptions du bien, elle ne remplit pas les exigences de la neutralité des conséquences. Dans leur introduction à l'ouvrage collectif *Political neutrality : a re-evaluation*¹⁷¹⁹, qui livre une étude approfondie du concept de neutralité de l'État, R. Merrill et D. Weinstock relèvent deux manières possibles de mettre en œuvre la neutralité des conséquences : la première est que l'État ne promeuve *aucune* conception du bien, et la seconde qu'il les promeuve *toutes de la même manière*¹⁷²⁰. Le caractère *intentionnel* n'est pas pris en considération dans la neutralité des conséquences : même si les effets défavorables pour une conception du bien ne sont pas voulus, ou pas anticipés, leur existence même font obstacle à la neutralité des conséquences.

528. La difficulté d'une mise en œuvre de la neutralité des conséquences est telle que celle-ci est presque consensuellement écartée chez les théoriciens de la neutralité¹⁷²¹. En effet, que l'État ne promeuve aucune conception du bien dans ses effets ou qu'il les promeuve toutes

¹⁷¹⁹ R. MERRILL et D. WEINSTOCK, *Political neutrality: a re-evaluation*, op. cit.

¹⁷²⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷²¹ S. WALL, « Neutrality and Responsibility », *The Journal of Philosophy*, août 2001, vol. 98, n° 8, pp. 389-410.

de la même manière, la mise en œuvre de la neutralité des conséquences est particulièrement difficile du fait qu'il est impossible de prédire les conséquences de chaque politique. Dans son article « Liberal Neutrality », S. Dimock explique, en particulier, que la mise en œuvre de la neutralité des conséquences nécessite que l'État soit capable de mesurer la manière dont chaque conception du bien de chaque individu est réalisé selon un ensemble donné de règles, d'institutions, mais aussi de mesurer la satisfaction de chaque personne, et de comparer cela pour accorder les politiques¹⁷²². Cela nécessite l'utilisation d'une conception d'intérêts et de biens objectifs, ce qui – comme le rappelle l'auteure – est très controversée¹⁷²³. Par ailleurs, un tel objectif nécessite un fort interventionnisme de la part de l'État, ce qui représente l'une des raisons pour lesquelles la neutralité des conséquences est rejetée par la plupart des auteurs. Selon la professeure, cette conception n'est donc pas réalisable dans une société libérale¹⁷²⁴. Pour P. Da Silveira, il y a deux principaux arguments soulevés par les théoriciens de la neutralité à l'encontre de la faisabilité de la neutralité des conséquences¹⁷²⁵. Le premier, concernant sa faisabilité, est qu'elle est auto-contradictoire, et donc impraticable, car tout essai de compenser des conséquences inégales entraînerait des effets tout aussi inégaux¹⁷²⁶. Le second argument, concernant sa désirabilité est que, même si elle était applicable, elle serait incompatible avec la protection des libertés civiles et politiques, car le respect de ces garanties implique nécessairement des conséquences qui ne peuvent pas être les mêmes pour tous¹⁷²⁷. Ces arguments sont utilisés par la plupart des auteurs pour rejeter la faisabilité et la désirabilité de la neutralité des conséquences : celle-ci ne serait ni souhaitable ni réalisable dans un État libéral, en particulier en raison du trop grand degré d'interventionnisme étatique qu'elle exige. B. Barry, qui rejette également la neutralité des conséquences, se fonde quant à lui sur l'argument selon lequel la neutralité des conséquences est simplement un principe absurde : une norme a toujours un objectif, car le législateur ne souhaite jamais être neutre, mais au contraire cherche à réaliser un objectif précis, jugé souhaitable¹⁷²⁸. Dès lors, il est insensé, selon B. Barry, de défendre la neutralité des conséquences, qui s'appuie sur l'idée que les normes doivent être neutres dans leurs conséquences¹⁷²⁹.

¹⁷²² S. DIMOCK, « Liberal Neutrality », art. cit., pp. 192-193.

¹⁷²³ *Ibid.*, p. 193.

¹⁷²⁴ S. DIMOCK, « Liberal Neutrality », art. cit.

¹⁷²⁵ P. DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », art. cit.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 231.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, p. 232.

¹⁷²⁸ B. BARRY, *Culture and equality*, op. cit., p. 34.

¹⁷²⁹ B. Barry est l'un des détracteurs du multiculturalisme. En particulier, son ouvrage *Culture and Equality : An Egalitarian Critique of Multiculturalism* s'attache à critiquer la théorie des principaux théoriciens du multiculturalisme. Selon lui, la reconnaissance des droits des groupes est incompatible avec l'égalité. Il défend au

529. La neutralité des conséquences, considérée comme l'une des deux ou trois formes possibles de la neutralité¹⁷³⁰, a donc été écartée par les défenseurs du libéralisme politique et de la neutralité de l'État, en particulier en raison de son incompatibilité avec l'élément de retrait du principe de neutralité, considéré originellement comme sa principale dimension, et qui part de l'intuition libérale selon laquelle l'État n'a pas à se mêler de sujets relatifs à la vie privée des individus, et en particulier sur les questions du Bien. Toutefois, force est de constater que la neutralité des conséquences est au cœur du débat contemporain relatif à la question des différences. En effet, cette forme de neutralité se fonde sur la conviction que l'État « doit faire tout ce qu'il peut pour s'assurer que les effets de ses actions et de ses inactions ne favorisent ou ne désavantagent aucune conception du Bien »¹⁷³¹. Or, cette conviction est précisément au cœur de la philosophie de la reconnaissance, qui prend en compte la *responsabilité* de l'État dans les situations d'inégalités dans la recherche de la vie bonne. Ce lien entre neutralité et responsabilité est notamment développé par S. Wall dans son analyse des différentes formes possibles de neutralité : le concept de neutralité des conséquences repose sur une vision large de la responsabilité de l'État, quand les défenseurs de la neutralité des justifications considèrent que l'État n'est pas responsable des conséquences de ses actions sur les différentes conceptions du bien existant dans la société et la possibilité pour chaque individu de les poursuivre¹⁷³². Les multiculturalistes fondent leur théorie sur l'inégalité des *conséquences* de la neutralité des justifications : le caractère biaisé de la neutralité de l'État implique de trop fortes disparités dans les conséquences des politiques « neutres ».

530. La neutralité des conséquences, qui implique de renoncer en grande partie à l'élément de non-intervention relatif à la neutralité, place comme principal élément de celle-ci la dimension d'*égalité*, qui « renvoie à l'idée que l'État doit traiter de la même manière les

contraire la neutralité-indifférence (B. BARRY, *Culture and equality*, *op. cit.*). Sa théorie est également développée dans *Justice as Impartiality* : il défend la non-intervention de l'État dans la sphère du Bien et la séparation entre l'État et la société civile, et l'idée selon laquelle la citoyenneté différenciée ne peut enrichir l'égalité (B. BARRY, *Justice as impartiality*, Oxford political theory, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; B. BARRY, *Culture and equality*, *op. cit.*).

¹⁷³⁰ Si J. Raz identifie trois formes de neutralité dans son ouvrage *The Morality of Freedom* – la neutralité des intentions, la neutralité des conséquences et la neutralité des justifications – plusieurs auteurs regroupent la neutralité des intentions avec la neutralité des justifications, opposant alors cette unique catégorie à la neutralité des conséquences. C'est par exemple le cas des auteurs cités qui évoquent les difficultés de la neutralité des conséquences : S. WALL, « Neutrality and Responsibility », art. cit. ; S. DIMOCK, « Liberal Neutrality », art. cit. ; P. DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », art. cit.

¹⁷³¹ S. WALL, « Neutrality and Responsibility », art. cit., p. 391 (traduction libre).

¹⁷³² S. WALL, « Neutrality and Responsibility », art. cit. Voir aussi la réponse de W. Schaller à S. Wall : W.E. SCHALLER, « Is Liberal Neutrality Insufficiently Egalitarian? Neutrality of Justification versus Strong Egalitarianism », *The Journal of Philosophy*, décembre 2004, vol. 101, n° 12, pp. 639-650.

citoyens ayant des conceptions différentes de la vie bonne »¹⁷³³. L'égalité dans la recherche de la vie bonne est précisément au cœur des théories multiculturalistes : ceux-ci s'opposent donc à la neutralité passive, mais recherchent la neutralité des conséquences. Ainsi, si rares étaient ses défenseurs dans le débat qui a suivi la parution de la *Théorie de la justice* de J. Rawls sur la définition et désirabilité de la neutralité¹⁷³⁴, la neutralité des conséquences est au cœur des revendications minoritaires du monde contemporain. Toutefois, il s'agit d'une forme particulière de neutralité des conséquences : la neutralité comme égalité d'opportunités.

II. La neutralité comme égalité d'opportunités, une forme contemporaine de neutralité des conséquences

531. Dans l'une des rares défenses de la neutralité des conséquences, S. Clarke propose de « revivifier » celle-ci, tout en prenant en considération sa principale objection, à savoir qu'il est impossible pour les lois et politiques d'avoir un effet égal¹⁷³⁵. Pour S. Clarke, cette objection ne doit pas suffire à condamner de manière générale la neutralité des conséquences, car celle-ci peut revêtir plusieurs formes. Selon l'une de ces formes, la neutralité exige que le gouvernement fasse son possible pour que chaque personne *réussisse* de la même manière à réaliser sa conception du bien¹⁷³⁶. Selon une autre forme – qui est selon lui la plus plausible – le gouvernement doit essayer de *rendre possible* de manière égale chaque conception du bien¹⁷³⁷. Ainsi selon S. Clarke, pour respecter la neutralité des conséquences, soit les règles mises en place par l'État doivent avoir le même effet sur la poursuite des conceptions du bien par les individus, soit elles doivent avoir le même effet sur l'*opportunité* pour chacun de poursuivre sa propre conception du bien. L'auteur défend donc l'idée qu'il y a une forme de neutralité des conséquences qui peut être envisagée : il s'agit de s'intéresser aux conséquences vis-à-vis des *opportunités* uniquement. L'égalité d'opportunités signifie que chaque personne dispose de la même chance de poursuivre et de réaliser sa conception du bien. Elle peut avoir deux principales définitions ; elle peut signifier, dans l'égalitarisme libéral, « que chaque personne dispose des libertés fondamentales de parole, d'association, de mouvement, etc. et

¹⁷³³ A. ZELLENTIN, « Neutrality as a twofold concept », art. cit., p. 161.

¹⁷³⁴ Pour une défense de la neutralité des conséquences, voir par exemple : J. TOMASI, *Liberalism beyond justice: citizens, society, and the boundaries of political theory*, Princeton, Princeton University Press, 2001 ; R.E. GOODIN et A. REEVE, « Do Neutral Institutions Add Up to a Neutral State ? », in *Liberal Neutrality*, New-York, Routledge, 1989, pp. 193-210.

¹⁷³⁵ S. CLARKE, « Consequential Neutrality Revivified », art. cit..

¹⁷³⁶ *Ibid.*, p. 115.

¹⁷³⁷ *Ibid.*

qu'elle a accès aux ressources matérielles. », tandis que le libertarianisme soutient « que les gens devraient être libres de la force et de la fraude par le gouvernement et les autres, mais que leurs ressources matérielles devraient être ce qu'ils peuvent obtenir sur le marché »¹⁷³⁸. La neutralité des conséquences peut donc être appréhendée au sens d'égalité d'opportunités¹⁷³⁹, c'est-à-dire que les individus doivent avoir des opportunités égales de poursuivre leur conception de la vie bonne. En ce sens, la neutralité de l'État implique que celui-ci égalise les chances qu'a chacun de poursuivre sa conception du bien : l'État doit agir dans un certain sens afin de procurer aux individus d'égales opportunités. Si cette conception de la neutralité n'implique pas une égalité de résultats, mais simplement une égalité d'opportunités, sans que l'État ne privilégie une conception au détriment d'une autre¹⁷⁴⁰, la neutralité comme égalité d'opportunités exige néanmoins une intervention de l'État : elle ne peut être mise en œuvre que de manière *active*, et en renonçant à la neutralité des justifications – celle-ci étant considérée comme incompatible avec la neutralité des conséquences¹⁷⁴¹.

532. L'intervention de l'État est ainsi inhérente à la neutralité comme égalité d'opportunités. Or, les revendications minoritaires demandent précisément cette intervention de l'État. En ce sens, elles correspondent à une demande de neutralité comme égalité d'opportunités. Il s'agit pour l'État d'intervenir en faveur des groupes discriminés par le passé et obligés de se conformer à l'*ethos* majoritaire, afin de mettre ces individus et groupes dans une situation dans laquelle ils bénéficieraient des mêmes opportunités que la majorité de poursuivre leur propre conception du bien. Il est demandé à l'État d'intervenir pour rétablir l'égalité dans la poursuite du Bien. W. Kymlicka distingue deux catégories de revendications, correspondant à deux types d'État multiculturel identifiés : l'État multinational et l'État polyethnique. Dans le cas des États multinationaux, les revendications concernent « une certaine forme d'autonomie politique ou de juridiction territoriale, de façon à garantir le libre développement de leur culture »¹⁷⁴². Dans les États polyethniques, les revendications correspondent à une demande de soutien de la part de l'État concernant des activités culturelles afin « d'exprimer librement leurs particularités »¹⁷⁴³. Il s'agit, pour les minorités, de demander à bénéficier des mêmes possibilités que la majorité de vivre selon leur mode de vie, leur culture,

¹⁷³⁸ *Ibid.*, p. 117.

¹⁷³⁹ P. Jones partage avec S. Clarke l'idée selon laquelle l'égalité d'opportunités est une forme de neutralité des conséquences : P. JONES, « The ideal of the neutral state », art. cit.

¹⁷⁴⁰ S. CLARKE, « Consequential Neutrality Revivified », art. cit., p. 117.

¹⁷⁴¹ Pour une tentative d'articulation entre la neutralité des justifications et la neutralité des conséquences, voir par exemple : I.J. CARROLL, « Neutrality and the social contract », art. cit.

¹⁷⁴² W. KYMLICKA, « Le libéralisme et la politisation de la culture », art. cit., p. 96.

¹⁷⁴³ *Ibid.*

leur conception du bien. Pour J. Raz, « il est de l'essence même du multiculturalisme que les différentes communautés bénéficient de leur part équitable d'opportunités »¹⁷⁴⁴.

533. Les revendications minoritaires visant la reconnaissance des différences démontrent une demande de neutralité de l'État. Il s'agit de demander à l'État d'intervenir pour inclure les oubliés de l'universel dans le cadre d'application du principe de neutralité, ceux-ci ne bénéficiant pas, en raison du fait que la neutralité des justifications se soit incarnée dans l'*ethos* majoritaire, des mêmes opportunités que la majorité de poursuivre leur conception de la vie bonne. Cette vision est notamment celle des principaux théoriciens du multiculturalisme comme C. Taylor et W. Kymlicka, qui soutiennent que les revendications minoritaires correspondent à une demande d'intégration – et donc d'intégration dans le cadre libéral de la neutralité de l'État – et non, comme le soutiennent certains libéraux rejetant le multiculturalisme, à une demande de sécession. Dans le débat français, c'est également la vision d'A. Renaut et S. Mesure dans leur ouvrage relatif à l'identité¹⁷⁴⁵. De même, pour P. Savidan, la majorité des revendications portées par des groupes correspondent « à une simple demande d'équité, d'égalité des opportunités et d'intégration politique plus complète »¹⁷⁴⁶. Ces revendications témoigneraient d'une volonté de prendre réellement part à la société. Dans *La citoyenneté multiculturelle*, W. Kymlicka cite notamment l'exemple des sikhs qui demandaient l'exemption du port du turban dans la Gendarmerie royale du Canada, ou celui des juifs voulant s'engager dans l'armée américaine tout continuant de porter la kippa. Il s'agit, dans ces exemples, d'une volonté de faire pleinement partie de la société en intégrant des corps d'État comme la gendarmerie ou l'armée¹⁷⁴⁷. Pour W. Kymlicka, ce type de demandes montre qu'il ne s'agit pas, pour ces minorités, de faire sécession et de vivre en dehors de la société, mais au contraire, de demander la prise en compte de leurs particularités afin de pouvoir être pleinement inclus dans la société. S'il peut y avoir des exceptions, c'est-à-dire des revendications minoritaires cherchant au contraire l'isolement par rapport à la société, la règle générale observée est celle d'une demande d'inclusion¹⁷⁴⁸. Il s'agit, pour ces minorités, d'une demande de neutralité par égalité d'opportunités. Par ailleurs, les demandes de reconnaissance traduisent la volonté d'élargir le champ de la neutralité à de multiples objet comme le sexe, la sexualité,

¹⁷⁴⁴ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 181 (traduction libre).

¹⁷⁴⁵ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 223.

¹⁷⁴⁶ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., pp. 77-78.

¹⁷⁴⁷ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 250.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 250 et s.

la couleur de peau, la culture, l'identité de genre, etc. Cela témoigne d'une volonté d'élargir l'exigence de neutralité au-delà de sa sphère originelle.

534. La reconnaissance des différences est envisagée, chez les théoriciens du multiculturalisme, comme un *meilleur* modèle que la neutralité par abstention pour assurer l'égalité, car elle permet d'approfondir l'égalité dans la recherche du Bien en allant au-delà de l'égalité formelle garantie par la neutralité des justifications pour prendre en compte l'égalité *réelle* des opportunités dans la poursuite de la vie bonne. La neutralité des conséquences, dans cette perspective, n'est pas seulement envisagée comme l'une des conceptions possibles de la neutralité, elle est surtout pensée comme permettant de se rapprocher *plus encore* de l'idéal de neutralité de l'État. L'apparition et la défense de la neutralité des conséquences – ou plus précisément la neutralité comme égalité d'opportunités – sont, en effet, la *conséquence* des critiques contemporaines de la neutralité et des failles dévoilées de la neutralité passive, et représentent une étape de perfectionnement de la neutralité. L'intervention de l'État est justifiée par le fait que l'État doit *réparer* le tort causé par le passé à certains groupes minoritaires¹⁷⁴⁹. L'État est ainsi considéré comme responsable du fait que certains individus ou groupes d'individus n'aient pas pu, dans le cadre libéral des droits de l'Homme, bénéficier de la même possibilité que le groupe majoritaire de poursuivre une conception du bien spécifique. Pour réparer ces torts, l'État se doit d'intervenir pour faire en sorte que les politiques publiques aient pour conséquence que chaque individu soit en situation de poursuivre sa propre conception du bien. La défense d'une neutralité comme égalité d'opportunités prend acte du fait que « l'impartialité ne suffit pas et qu'il y a des cas où elle conduit à l'injustice »¹⁷⁵⁰. Les demandes de reconnaissance ne traduisent donc pas un abandon de la neutralité, mais une demande de perfectionnement. Pour les penseurs du multiculturalisme, seule la reconnaissance, qui complète la neutralité de l'État – ou « l'absence de neutralité de l'État »¹⁷⁵¹ – permet d'être juste¹⁷⁵².

535. Ainsi, la reconnaissance des différences correspond à une neutralité des *conséquences*, et plus spécifiquement à une neutralité comme égalité d'opportunités. Cette conception de la neutralité découle de la conviction contemporaine selon laquelle, dans une société démocratique libérale, la promesse d'égalité n'est pas remplie si les injustices du passé

¹⁷⁴⁹ Voir *infra*, § 642 et s.

¹⁷⁵⁰ C. AUDARD, « L'idée de citoyenneté multiculturelle et la politique de la reconnaissance », *Rue Descartes*, 2002, n° 3, p. 26.

¹⁷⁵¹ M. SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, op. cit., p. 110.

¹⁷⁵² M. SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, op. cit.

ne sont pas réparées, et qu'en conséquence, les individus appartenant à des groupes minoritaires n'ont pas la même possibilité que ceux du groupe majoritaire de vivre en accord avec leur conception de la vie bonne.

536. Conclusion de section. La théorie de la reconnaissance exige une intervention de la part de l'État, afin d'accroître l'égalité des individus dans la recherche du Bien. L'objectif de neutralité de l'État, au cœur du libéralisme politique, n'est toutefois pas remis en cause par les défenseurs de la reconnaissance en tant que le multiculturalisme, qui partagent la conviction que l'État ne doit pas favoriser ou défavoriser des individus sur le fondement de leur conception du bien, de leur culture, de leur couleur de peau, etc. Parce que le multiculturalisme vise à articuler la reconnaissance des différences avec le socle libéral, il vise non seulement à garantir la neutralité de l'État, mais surtout à l'*améliorer*. En cela, le multiculturalisme libéral a acté le passage de la neutralité-indifférence à la neutralité-reconnaissance. S'il poursuit un idéal de neutralité, le multiculturalisme propose un renversement, par rapport au libéralisme politique, des versants de la neutralité : la dimension d'égalité prend le pas sur la dimension de retrait dans le multiculturalisme, ce qui a pour conséquence d'aboutir à une mise en œuvre différente de la neutralité : la neutralité des conséquences – qui prend alors l'ascendant sur la neutralité des justifications. Néanmoins, il s'agit toujours – dans une forme différente – d'un idéal de neutralité de l'État. Le multiculturalisme vise à faire correspondre la neutralité à l'idéal d'égalité, les deux objectifs étant alors inextricablement liés.

CONCLUSION DU CHAPITRE

537. Le multiculturalisme, comme le libéralisme politique, poursuit un objectif de neutralité de l'État. Néanmoins, la reconnaissance inhérente à la mise en pratique du multiculturalisme aboutit à une forme de neutralité distincte de la neutralité-indifférence, qui correspond à une mise en œuvre passive du principe de neutralité : il s'agit de la neutralité par l'égalité d'opportunités, qui suppose l'intervention de l'État. L'intervention de l'État, à travers la reconnaissance des différences, remet en question l'élément de retrait relatif à la neutralité, mais non l'idéal de neutralité en lui-même. Au contraire, la reconnaissance des différences traduit un objectif de neutralité, et une place centrale est accordée à l'égalité dans la conception contemporaine du principe de neutralité. Il s'agit donc, avec la proposition multiculturaliste, d'une conception distincte de la neutralité témoignant d'une mutation du concept. La neutralité des conséquences défendue dans le multiculturalisme est envisagée comme un perfectionnement de l'idéal de neutralité. Cette mutation de la neutralité vers une mise en œuvre active du principe s'est ensuite traduite dans la pratique des démocraties libérales, avec l'apparition de politiques mettant en œuvre la neutralité des conséquences.

CONCLUSION DU TITRE

538. La neutralité de l'État est au cœur des considérations contemporaines relatives à l'identité et aux différences. La neutralité de l'État ne serait pas neutre car elle reflète le groupe majoritaire, celui de l'homme blanc hétérosexuel. Le couple minorités/majorité est ainsi au centre des critiques actuelles relatives à la neutralité de l'État. Celles-ci ne remettent pas en cause la nécessité pour l'État d'être neutre, mais avancent l'idée que le cadre de la neutralité est biaisé, et ne permet pas l'égale liberté des individus, les membres du groupe majoritaire étant avantagé dans leur recherche de la vie bonne. En raison des injustices passées, l'absence d'intervention de l'État dans la sphère privée a pour conséquence l'*inégalité* entre minorités et majorité. L'importance de l'élément d'égalité remet en cause la mise en œuvre passive de la neutralité. Dès lors, il apparaît que pour établir l'égalité, afin d'atteindre la neutralité, l'État doit intervenir et prendre en compte les différences.

Titre 2. Corriger l'universel : la reconnaissance des différences au service de la neutralité

539. Les critiques contemporaines du libéralisme politique ont mis en avant les limites et paradoxes du principe de neutralité libérale de l'État, appréhendé au sens de *retrait* ou encore d'*indifférence* de l'État, en exposant en particulier l'insuffisance de la non-intervention de l'État. Le présupposé selon lequel la neutralité permet l'égalité se heurte désormais au constat selon lequel l'universalisme a exclu, dès l'origine, différents pans de la population. Dans ce contexte nouveau, la véritable révolution est la fin de la croyance libérale selon laquelle seul l'État minimal, restant en retrait de la sphère privée, serait légitime. À rebours de la pensée universaliste, est apparue l'idée que la reconnaissance des différences était indispensable à l'égale liberté des individus. Si certains auteurs conçoivent la reconnaissance des différences comme contraire à la neutralité de l'État, et donc incompatible avec cette dernière, il apparaît néanmoins que la neutralité n'exclut pas nécessairement une dimension active, et que celle-ci vise à approfondir l'élément d'égalité qui lui est inhérent, et, ainsi, à corriger les inégalités causées par une neutralité originellement biaisée. Les courants de pensée défendant la reconnaissance des différences ne remettent nullement en question la nécessité pour l'État de ne pas favoriser ou défavoriser des individus ou des groupes du fait de leurs croyances et de leurs modes de vie. Au contraire, l'idéal de neutralité de l'État fait d'autant plus sens à l'époque contemporaine, avec l'accroissement du fait pluraliste et la démultiplication des croyances, des modes de vie et des idées, qu'il ne le faisait aux débuts de l'époque moderne. Plus la société est individualiste, plus les identités particulières sont valorisées, plus la neutralité de l'État devient nécessaire. Néanmoins, l'insuffisance de la neutralité libérale, ses exclusions originelles, indiquent que, pour continuer d'être défendu, le concept de neutralité peut et doit inclure la reconnaissance des différences afin de répondre plus parfaitement à son objectif initial : la garantie de la liberté et de l'égalité.

540. La reconnaissance des différences correspond donc à la dimension « active » du principe de neutralité, c'est-à-dire à l'intervention de l'État. Cet élément du principe de

neutralité, qui correspond à l'une des mises en œuvre possibles de ce dernier, se retrouve non seulement dans la philosophie politique, mais également dans le droit positif. Depuis la fin du XX^e siècle, dans la grande majorité des États libéraux, le droit s'est adapté à cette demande de reconnaissance émergeant des minorités. Dans son application et son appréhension par les États, le principe de neutralité de l'État est, depuis quelques dizaines d'années, en profonde mutation. La séparation entre le Juste et le Bien – cadre conceptuel de la neutralité de l'État dont la pertinence fut particulièrement discutée dans la philosophie politique – est désormais remise en cause dans la pratique des États libéraux. Ce changement dans la manière d'appréhender la neutralité a ainsi amplement franchi le cadre de la philosophie politique : l'élément actif de la neutralité est apparu tant sur le plan juridique, que dans les débats sociétaux ou encore dans les différentes politiques économiques et sociales. Par conséquent, et sur le fondement des différentes théories, le principe de neutralité de l'État est amené à muter et à s'élargir de manière à être de plus en plus « neutre » – si une telle expression peut avoir du sens.

541. Si l'État intervient désormais dans la sphère du Bien, c'est avant tout pour *corriger* et *rééquilibrer* les insuffisances du Juste et de la neutralité des justifications. Dans différents États, des mesures correctrices visent explicitement à mettre en œuvre la neutralité des conséquences dans l'une de ses formes : la neutralité comme égalité d'opportunités. Ainsi, la neutralité des conséquences, qui correspond à l'objectif d'égalité *réelle* des individus, peut être identifiée dans différents modèles et dans différentes politiques de certains États libéraux. Ces mesures correctrices, résultant de l'intervention de l'État, montrent que l'action de celui-ci vise à approfondir la dimension égalitaire du principe de neutralité afin de lutter contre les discriminations systémiques. La prise en compte des différences ne représente alors qu'un moyen, certes différent de l'universalisme – mais pas radicalement opposé – pour parvenir à la neutralité de l'État. Cette nouvelle forme du principe de neutralité témoigne d'une profonde mutation du concept, tant dans sa mise en œuvre, que relativement à son objet, témoignant d'une volonté d'approfondissement de l'idéal de neutralité. Il s'agit ainsi de dresser un constat de la mutation du concept de neutralité, qui doit alors être redéfini afin de dégager une définition du concept plus en phase avec la réalité des régimes contemporains. Il s'agit, dès lors, de redéfinir ses contours à travers l'analyse de sa mutation (**Chapitre 1**).

542. Dans le contexte contemporain, le principe de neutralité n'est plus appréhendé de la même manière en raison des limites que ce contexte a révélées, et des limites intrinsèques de la modernité libérale pris dans sa globalité. Ce besoin de redéfinition fait apparaître qu'au-delà de ses différentes mises en œuvre, l'idéal de neutralité est avant tout un concept mouvant,

évolutif. Ce constat pose notamment la question des limites à l'approfondissement continu de l'idéal de neutralité de l'État. Les présupposés et fondements du libéralisme sur lesquels a été construit le principe de neutralité de l'État sont de plus en plus questionnés : l'individualisme et l'humanisme, la séparation entre l'État et la société civile, ou encore la distinction entre nature et culture, ne sont plus considérés comme des acquis irrévocables. La correction, voire parfois la *refondation* du cadre du Juste dans certaines constitutions, notamment dans les constitutions « transformatrices » d'Amérique Latine, redéfinit la neutralité de l'État et ses contours (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La mutation du principe de neutralité dans la pratique des États libéraux contemporains

543. La percée de la philosophie de la reconnaissance et du droit à la différence ne s'est pas cantonnée à la philosophie politique. Le droit, y compris dans les pays à tradition universaliste comme la France, et aussi – bien sûr – dans les pays à tradition multiculturaliste, s'est peu à peu imprégné de ce « différencialisme », qui consiste en la prise en compte des différences sans se référer à une quelconque idéologie¹⁷⁵³. Confronté à une demande de reconnaissance des minorités qui ne fait que s'accroître au fur et à mesure des années, la manière dont l'État appréhendait les différences a profondément évolué, et ce changement s'est naturellement retrouvé dans la sphère juridique. Le droit, comme le formule R. Dworkin, est « une expression de la façon dont nous sommes unis dans une collectivité, tout en étant divisés sur nos projets, nos intérêts et nos convictions »¹⁷⁵⁴, et ainsi, il s'est progressivement imprégné de la vision binaire des différences à travers le couple majorité/minorités issue des sciences humaines. Or, cette imprégnation du droit par la philosophie de la reconnaissance a des conséquences majeures sur l'appréhension du concept de neutralité de l'État. Ce changement dans la manière d'appréhender la neutralité de l'État part d'un constat : la discrimination indirecte résultant de l'abstraction des normes. La distinction fondatrice de l'État neutre – celle de la séparation entre l'État et la société civile – devant permettre à chaque individu de poursuivre sa propre conception du bien, est insuffisante. Ainsi, progressivement, dans différents pays libéraux, la neutralité par abstention – ou neutralité *passive* – fut peu à peu abandonnée. L'État neutre au sens d'indifférent n'a pas mené à bien sa mission : la *colorblindness* de la Constitution américaine, considérée comme l'idéal politique depuis Martin Luther King¹⁷⁵⁵, n'a pas su empêcher les discriminations de fait subies par les Noirs américains,

¹⁷⁵³ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 5.

¹⁷⁵⁴ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 450.

¹⁷⁵⁵ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, op. cit., p. 80.

de même que l'universalisme républicain n'a pas su empêcher les discriminations envers les immigrés ou les décolonisés. En raison de ce constat, les États libéraux contemporains ont pris des mesures positives dans les domaines relatifs à la sphère privée pour assurer l'égalité réelle des individus.

544. Il y a donc un réel changement de paradigme dans les États libéraux avec l'apparition de la dimension active de la neutralité, qui vient compléter, voire remplacer, la dimension de retrait, et qui nécessite de « raisonner en termes de majorités et de minorités »¹⁷⁵⁶. Le principe de neutralité a profondément évolué du fait de la montée en importance de sa dimension égalitaire. Les mesures multiculturalistes visant à mettre en œuvre et à promouvoir l'égalité de traitement entre les individus, et entre les groupes, correspondent à la mise en œuvre d'une neutralité des *conséquences*, l'objectif étant de pallier les discriminations systémiques favorisant le groupe majoritaire afin de permettre à tous les individus, y compris les membres des groupes minoritaires, de poursuivre leur conception de la vie bonne et leur mode de vie. Un grand nombre de mesures¹⁷⁵⁷ s'inscrivent dans la logique d'une neutralité active : la reconnaissance de langues officielles, la création de jours fériés, l'adaptation du droit de la famille, la modification des programmes scolaires, etc. La mise en œuvre de la neutralité des conséquences par la mise en place d'une égalité réelle est caractéristique de l'évolution des États contemporains, dans leur manière d'appréhender la neutralité. La neutralité devient *active* (Section 1).

545. La mutation du principe de neutralité dans l'État contemporain est également celle de son objet, en partie causée par la mutation de sa mise en œuvre. En effet, au regard de l'évolution des États contemporains vers une neutralité de reconnaissance, il apparaît que l'objet de la neutralité s'est peu à peu tourné vers les *identités*. L'État doit alors être neutre afin de garantir à chaque individu, de manière égale, le droit de vivre en accord avec son identité (Section 2).

¹⁷⁵⁶ J.-M. WOEHRLING, « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », art. cit., p. 78.

¹⁷⁵⁷ W. Kymlicka et K. Banting ont opéré une classification des différentes politiques multiculturelles : « 1) l'affirmation du caractère multiculturel du pays par le biais de la Constitution, du Parlement ou d'une loi officielle ; 2) l'adoption officielle du multiculturalisme dans les programmes scolaires ; 3) une représentation des minorités ethniques dans le mandat des médias ; 4) la possibilité légale d'être exempté du port obligatoire d'un vêtement dans l'entreprise, dans l'administration ou l'armée ; 5) l'instauration de la double citoyenneté ; 6) le financement public de groupes et d'associations visant à préserver un héritage culturel ; 7) le financement public d'une éducation bilingue pour les enfants issus de l'immigration ou pour les minorités nationales (les Catalans ou les Basques, par exemple) ; 8) une politique de discrimination positive officiellement mise en place par l'État à destination des groupes désavantagés » (P. MAY, *Philosophies du multiculturalisme*, op. cit., pp. 10-11).

SECTION 1. LA MUTATION DE LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE NEUTRALITE : LA NEUTRALITE PAR L'ACTION DE L'ÉTAT

546. Les réflexions autour du concept de neutralité des conséquences ont montré qu'il existe une forme plus envisageable que les autres de neutralité des conséquences : la neutralité comme égalité d'opportunités, notamment défendue par S. Clarke¹⁷⁵⁸. Au regard de la réalité pratique du principe neutralité de l'État, force est de constater qu'une telle forme de neutralité est apparue dans certains régimes libéraux contemporains. En effet, sont apparues, de manière plus ou moins explicite, plus ou moins assumée, des mesures visant à mettre en place l'égalité d'opportunités. Ces mesures sont nombreuses : s'y trouve notamment « la révision des programmes scolaires pour y intégrer l'histoire et la culture de groupes minoritaires ; la création de conseils consultatifs chargés de travailler avec les membres de groupes minoritaires ; la création de conseils consultatifs chargés de travailler avec les membres des groupes minoritaires ; la formation des officiers de police, des travailleurs sociaux et des professionnels de la santé pour que, dans leur travail, ils prennent en compte les différences culturelles ; l'établissement d'une législation pour s'assurer que les groupes minoritaires ne soient pas ignorés ou stéréotypés dans les médias, etc. »¹⁷⁵⁹. Les États libéraux doivent ainsi « instaurer divers droits et politiques spécifiques aux groupes destinés à reconnaître et à prendre les besoins des groupes ethnoculturels » tels que « des programmes d'éducation multiculturelle, des droits linguistiques, des garanties de représentation politique ou encore la constitutionnalisation de traités signés avec des peuples autochtones »¹⁷⁶⁰. Parmi les mesures explicites visant à mettre en œuvre une neutralité des conséquences, deux justifient une attention particulière dans le cadre de cette étude, car elles visent explicitement, en reconnaissant les différences de certaines catégories de population, à faire évoluer la neutralité de l'État : les mesures d'accommodement raisonnable et les mesures de discrimination positive. Ces mesures nécessitent l'intervention de l'État et visent explicitement à corriger la neutralité biaisée des normes. Elles sont justifiées par la persistance de discriminations indirectes résultant de l'abstraction des normes, et ont pour but de corriger les frontières du Juste dans le but de redéfinir de manière plus égalitaire la sphère d'application du principe de neutralité de l'État.

¹⁷⁵⁸ Voir *supra*, § 531 et s.

¹⁷⁵⁹ W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., p. 163.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 164.

547. L'élément de non-intervention inhérent à la neutralité, et central dans sa mise en œuvre moderne, est progressivement remis en cause en raison de ses failles (§1), que l'apparition de la neutralité des conséquences vise à combler dans une perspective de poursuite de l'idéal de neutralité (§2).

§1. L'apparition de mesures visant à pallier les failles de la neutralité par abstention

548. La reconnaissance du caractère biaisé de la neutralité passive (I) a mené à l'abandon de l'élément de non-intervention du principe de neutralité (II).

I. La reconnaissance du caractère biaisé de la neutralité passive

549. La mutation de la mise en œuvre du principe de neutralité de l'État dans la pratique des États contemporains a d'abord nécessité la mise en lumière des failles de la neutralité passive. Les mesures d'accommodements raisonnables (A) et de discrimination positive (B) ont, par exemple, pour point de départ le constat, par le juge, de l'existence de discriminations systémiques faisant obstacle à l'égale poursuite des conceptions du bien par les individus.

A) Les failles de la neutralité passive au fondement des accommodements raisonnables

550. Les mesures d'accommodement raisonnable correspondent au « mode opératoire privilégié des politiques multiculturalistes »¹⁷⁶¹ : leur raison d'être est précisément de limiter et de corriger les inégalités résultant de l'imposition implicite de la culture hégémonique aux minorités. L'accommodement raisonnable consiste à déroger ou à adapter une règle générale à une partie des destinataires en vue de compenser les effets négatifs de cette règle pour un individu ou un groupe d'individus¹⁷⁶². Ces mesures visent en particulier le cas des

¹⁷⁶¹ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 122.

¹⁷⁶² L'assouplissement de la règle de droit peut prendre différentes formes : une dispense de la règle, un régime distinct, ou encore une mise à disposition d'installations ou de services particuliers (J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », art. cit., pp. 335-336).

discriminations « indirectes », c'est-à-dire les règles qui ne discriminent pas explicitement un groupe de personnes, mais qui induisent tout de même des effets négatifs pour ce groupe. Si les accommodements raisonnables se retrouvent dans de nombreux pays, le modèle « par excellence » des accommodements raisonnables est le modèle québécois, qui a intégré la notion à sa conception juridique de l'égalité. Le modèle québécois est un modèle de mise en œuvre de l'*interculturalisme*¹⁷⁶³, dont les accommodements raisonnables représentent l'une des principales dispositions. L'*interculturalisme* québécois, considéré comme un modèle distinct du multiculturalisme canadien¹⁷⁶⁴ protégé par l'article 27 de la Charte canadienne¹⁷⁶⁵, se définit comme « un modèle axé sur la recherche d'équilibres qui entend tracer une voie entre l'assimilation et la segmentation et qui, dans ce but, met l'accent sur l'intégration, les interactions et la promotion d'une culture commune dans le respect des droits et de la diversité »¹⁷⁶⁶. Le rapport Bouchard-Taylor¹⁷⁶⁷ précise que l'*interculturalisme*, s'il n'a pas été défini par l'État québécois, correspond à la politique d'intégration du Québec¹⁷⁶⁸.

551. La notion d'accommodement raisonnable est issue de la jurisprudence canadienne¹⁷⁶⁹. Elle remonte à l'arrêt *O'Malley c. Simpsons-Sears* de la Cour suprême du Canada, rendu en 1985¹⁷⁷⁰, qui la fonde sur le principe d'égalité¹⁷⁷¹. Dans cette affaire, une vendeuse, membre de l'Église adventiste du septième jour, affirmait avoir été victime de discrimination fondée sur ses croyances de la part de son employeur du fait qu'elle ait été obligée de travailler le vendredi soir et le samedi. Cela l'empêchait d'observer les prescriptions de sa religion – en particulier le sabbat – et elle dut alors accepter de travailler à temps partiel,

¹⁷⁶³ Sur le modèle québécois de l'*interculturalisme* : G. BOUCHARD, « Qu'est-ce que l'*interculturalisme* ? », *McGill Law Journal*, 2011 2010, vol. 56, n° 2, pp. 395-434 ; G. BOUCHARD, *L'interculturalisme : un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2012.

¹⁷⁶⁴ G. BOUCHARD, *L'interculturalisme : un point de vue québécois*, op. cit., Chap. 3.

¹⁷⁶⁵ Charte canadienne des droits et libertés, Article 27 : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

¹⁷⁶⁶ G. BOUCHARD, *L'interculturalisme : un point de vue québécois*, op. cit., p. 51.

¹⁷⁶⁷ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, op. cit.

¹⁷⁶⁸ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé*, Québec, Gouvernement Québec, 2008, p. 41.

¹⁷⁶⁹ Plusieurs auteurs soulignent néanmoins le fait que le concept d'accommodement raisonnable remonte en réalité à un amendement de 1972 au Civil Rights Act de 1964 aux États-Unis qui « obligeait l'employeur à accorder des accommodements raisonnables à ses employés lorsque leur pratique religieuse le requérait, pour autant qu'ils n'entraînent pas une charge excessive pour l'entreprise » (T. GRÜNDEL, « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Délibérée*, 2017, vol. 2, n° 2, p. 60). Néanmoins, la notion ne s'est pas développée après cet amendement (K. HENRARD, « Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality », *Erasmus law review*, 2012, vol. 5, n° 1, pp. 64-65).

¹⁷⁷⁰ *O'Malley c. Simpsons-Sears Limited*, [1985] 2 RCS 536.

¹⁷⁷¹ À la suite de l'arrêt *O'Malley*, la Cour suprême a réaffirmé ce fondement dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin* : « une mesure d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité » (*Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 RDC 525, 23 juin 1994).

ce qui ne correspondait pas sa volonté initiale. La Cour suprême a admis l'existence d'une discrimination¹⁷⁷² et a alors affirmé que, dans un tel cas, « l'employeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre à moins que cela ne cause une contrainte excessive à l'exploitation de son entreprise »¹⁷⁷³. La Cour a déduit cette obligation du Code ontarien des droits de la personne, qui garantit le droit de ne pas être victime de discrimination dans l'emploi. En raison des effets discriminatoires produits par la neutralité par abstention et la neutralité des justifications, la règle générale doit être assouplie et adaptée dans certains cas. La Cour suprême a donc créé une obligation d'accommodement raisonnable découlant du principe de non-discrimination¹⁷⁷⁴. Ainsi, l'idée d'accommodement raisonnable part du constat que certaines normes, *en apparence neutres*, ont en réalité des effets discriminatoires sur certains groupes ou certains individus. Les accommodements raisonnables sont précisément *justifiés* par la neutralité biaisée de l'universel¹⁷⁷⁵. Le rapport Bouchard-Taylor énonce explicitement que l'objectif de ces mesures est de corriger la neutralité biaisée des normes :

« Sociologiquement, on observe que plusieurs normes, en apparence neutres et universelles, reproduisent en réalité des visions du monde, des valeurs, des normes implicites qui sont celles de la culture ou de la population majoritaire (tels les menus des restaurants, des avions ou des cafétérias, qui ne tenaient pas compte auparavant des personnes végétariennes ou allergiques). Même si elles n'excluent a priori aucun individu ni groupe, ces dispositions peuvent néanmoins entraîner une discrimination envers des personnes qui présentent des caractéristiques particulières (handicap physique provisoire ou permanent, âge, croyance religieuse). Il s'ensuit que la rigueur absolue dans l'application des lois et des règlements n'est pas toujours synonyme d'équité. »¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷² O'Malley c. Simsons-Sears Limited, [1985] 2 RCS 536, § 18 : « Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. ».

¹⁷⁷³ O'Malley c. Simsons-Sears Limited, [1985] 2 RCS 536. Dans cet arrêt, c'est donc l'*entreprise* qui est visée par l'obligation de prendre des mesures d'accommodements raisonnables.

¹⁷⁷⁴ Dans la jurisprudence postérieure, la Cour a réaffirmé cette obligation d'accommodement, en la fondant sur la Charte québécoise des droits et libertés de la personne du Québec et sur la Charte canadienne des droits et libertés, qui protègent un ensemble de droits et libertés, parmi lesquels la liberté de conscience et de religion et le droit à l'égalité, et qui interdisent les discriminations. L'article 10 de la Charte québécoise interdit les discriminations fondées sur « la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ». L'article 15 de la Charte canadienne évoque, quant à elle, les discriminations « fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

¹⁷⁷⁵ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 149.

¹⁷⁷⁶ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé*, op. cit., pp. 25-26.

L'objectif est donc d'assurer l'égalité : l'accommodement raisonnable permet d'atténuer, voire de supprimer les discriminations indirectes causées par certaines normes à l'égard de personnes présentant des caractéristiques sources de discrimination¹⁷⁷⁷. L'obligation d'accommodement raisonnable se fonde, par conséquent, sur une conception *substantielle* de l'égalité, c'est-à-dire une conception selon laquelle l'égalité exige, dans certains cas, des traitements différenciés. Elle est ainsi le corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte.

552. L'évolution jurisprudentielle qui a fait suite à l'arrêt *O'Malley* a étendu la notion d'accommodement raisonnable de différentes manières. Dans l'arrêt *O'Malley*, le destinataire de l'obligation d'accommodement était l'entreprise. Dans la même année, la Cour suprême du Canada a élargi cette obligation à l'État. En effet, dans les arrêts *Big M Drug Markt*¹⁷⁷⁸ et *Edwards Books*¹⁷⁷⁹, la Cour suprême du Canada a reconnu un droit à l'accommodement raisonnable dans le cas où une loi entraînerait des effets restrictifs sur la liberté de religion, « notamment sous forme d'une exemption d'application de la loi, à condition qu'une telle solution soit compatible avec l'intérêt public »¹⁷⁸⁰. Dans l'affaire *Big M Drug Markt*, il était question de la loi qui imposait la fermeture des magasins le dimanche¹⁷⁸¹ : parce que cette loi astreignait « l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien », elle exerçait « une forme de coercition », « discriminatoire à l'égard des Canadiens non-chrétiens » en interdisant à ceux-ci « d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales »¹⁷⁸². La loi a été déclarée inconstitutionnelle, car elle contrevenait à l'obligation de neutralité religieuse de l'État¹⁷⁸³. L'obligation d'accommodement raisonnable a ainsi été étendue à l'État.

553. Par ailleurs, les premiers arrêts relatifs aux accommodements raisonnables montrent que ces mesures ont, à l'origine, été imaginées pour résoudre le problème des

¹⁷⁷⁷ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, n° 78, p. 320.

¹⁷⁷⁸ R. c. *Big M Drug Mart*, [1985] 1 RCS 295.

¹⁷⁷⁹ R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 RCS 713.

¹⁷⁸⁰ J. WOEHRLING, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2007, vol. 41, n° 3, pp. 667-668.

¹⁷⁸¹ Loi sur l'observance du dimanche, 28 février 1907.

¹⁷⁸² R. c. *Big M Drug Mart*, [1985] 1 RCS 295.

¹⁷⁸³ Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, la Cour précise la définition de la liberté religieuse : « Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela. La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre ».

discriminations *religieuses*. En effet, l'adaptation d'une règle générale était nécessaire en raison de la contradiction qui pouvait exister entre des règles de différentes natures, la règle confessionnelle et la règle étatique¹⁷⁸⁴, et permettait alors à l'individu de respecter le droit issu d'institutions confessionnelles grâce à une adaptation du droit étatique, et ainsi, de ne se mettre en infraction avec aucun des deux corps de règles. Par exemple, dans l'affaire *Multani*¹⁷⁸⁵, qui fut à l'origine de la « crise des accommodements raisonnables »¹⁷⁸⁶, un élève souhaitait porter le *kirpan*¹⁷⁸⁷ à l'école, ce que refusait le directeur. Le juge a autorisé l'élève à le porter, à condition que celui-ci soit cousu à l'intérieur d'un vêtement. Avant cette solution de compromis¹⁷⁸⁸, le directeur de l'établissement avait proposé que l'élève porte un *kirpan* en bois, et non en métal, afin de le rendre moins dangereux, ce que les parents ont refusé. La Cour suprême du Canada a considéré que le refus de cette solution n'était pas un « caprice », car le garçon de confession sikhe « cro[yait] véritablement qu'un kirpan [en bois] ne lui permettrait

¹⁷⁸⁴ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 142.

¹⁷⁸⁵ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256, 2 mars 2006.

¹⁷⁸⁶ Au début des années 2000, l'apparition et la généralisation des obligations d'accommodement raisonnable au Québec ont mené, à de nombreuses controverses dans le débat public québécois qui se sont particulièrement intensifiées à la suite de l'affaire *Multani*. Le rapport Bouchard-Taylor relève que c'est ce jugement de la Cour suprême du Québec qui a marqué un tournant dans le débat relatif aux accommodements raisonnables (G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé*, op. cit., p. 15). À la suite de cette affaire très médiatisée, de nombreuses affaires ont fait l'objet d'une attention médiatique accrue et la question des accommodements raisonnables devint un « enjeu de société » (*Ibid.*, p. 16). Les controverses causées par l'extension des mesures d'accommodement raisonnable étaient en partie liées aux effets perçus comme négatifs de telles mesures sur les valeurs fondamentales du Québec et sur l'identité québécoise. Les accommodements raisonnables étaient visés par des « reproches d'angélisme, d'aveuglement face aux intégrismes » (P. BOSSET, « Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit ? », *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, avril 2007, vol. 9, n° 1). Le débat portait principalement sur l'équilibre entre l'accommodement à la diversité et le socle commun de valeurs permettant la cohésion et le maintien de la société québécoise. Outre les reproches concernant le risque de telles mesures pour la préservation de l'identité québécoise, la cause principale des controverses était liée au fait que les accommodements étaient assimilés à des traitements de faveur illégitimes. De telles mesures étaient alors perçues comme allant à l'encontre de l'équité (J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 81). En réponse à la crise des accommodements raisonnables, le gouvernement québécois a mis en place, en février 2007, la Commission Bouchard-Taylor afin de réfléchir à la notion d'accommodement raisonnable et, plus généralement, au modèle interculturel québécois. Dans son rapport, rendu en mai 2008, la Commission soulève en premier lieu que l'une des causes de la perception négative des accommodements est due à la distorsion entre les faits et leurs perceptions dans le débat public. Il souligne qu'en raison du rôle des médias notamment, les affaires relatives aux accommodements raisonnables – en particulier pour des raisons religieuses comme l'affaire *Multani* – ont été très largement montées en épingle dans le débat public, lorsqu'il s'agissait dans la plupart des cas d'accommodement parfaitement compatibles avec les valeurs québécoises. Le rapport conclut à la compatibilité entre les accommodements et le modèle interculturel québécois. Si le rapport Bouchard-Taylor a, dans une large mesure, contribué à apaiser la crise des accommodements, une minorité continue de s'élever contre ces mesures (à l'instar du Parti Québécois). En réponse à ce malaise, le gouvernement a adopté en 2017 la loi n°62 favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes (D. KOUSSENS, « Ce que la laïcité a de nouveau, ou pas. Regards croisés France-Québec », art. cit., pp. 8-9). Sur la « crise des accommodements raisonnables », voir : A. LE MOING, « La crise des accommodements raisonnables au Québec : quel impact sur l'identité collective ? », *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain. Cahiers du MIMMOC*, avril 2016, n° 16.

¹⁷⁸⁷ Arme portée par les Sikhs, ressemblant à un poignard et symbolisant la lutte contre l'oppression et l'injustice.

¹⁷⁸⁸ Pour G. Calvès, l'idée de compromis est au cœur de l'idée d'accommodements raisonnables : G. CALVÈS, *La laïcité*, op. cit., p. 81.

pas de se conformer aux exigences de sa religion », et a ajouté que « [l]e fait que d'autres personnes de religion sikhe acceptent un tel compromis n'est pas pertinent ». L'objectif de la Cour était ainsi de concilier les obligations religieuses avec les règles de l'établissement. Par la suite, la Cour suprême du Canada a étendu la portée de cette obligation à d'autres formes de discriminations, comme le handicap¹⁷⁸⁹, le sexe¹⁷⁹⁰, la langue¹⁷⁹¹, la grossesse¹⁷⁹², l'âge¹⁷⁹³ ou encore l'origine nationale¹⁷⁹⁴, c'est-à-dire, plus généralement, aux différents motifs de discrimination cités par l'article 10 de la Charte québécoise et par l'article 15 de la Charte canadienne. En revanche, l'obligation n'est pas étendue aux « simples opinions politiques, philosophiques ou sociales », car, celles-ci étant protégées par la liberté d'opinion et d'expression, les normes y portant atteinte de façon injustifiée doivent être invalidées¹⁷⁹⁵. Le principe même de l'accommodement raisonnable¹⁷⁹⁶ est donc de pallier les failles de la neutralité passive en reconnaissant l'existence de discriminations indirectes, et la nécessité pour l'État de les prendre en compte dans une perspective de correction.

B) Les failles de la neutralité passive au fondement de la discrimination positive

554. En 1971, dans l'arrêt *Griggs v. Duke Power Company*¹⁷⁹⁷, la Cour suprême des États-Unis consacre la discrimination sans intention, en se concentrant non pas sur l'intention de discriminer, mais sur les *effets* ou *conséquences* de certaines pratiques, en particulier dans le

¹⁷⁸⁹ Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.).

¹⁷⁹⁰ Commission scolaire des Rives-du-Saguenay c. Rondeau, J.E. 2002-2147, REJB 2002-35373 (C.S.).

¹⁷⁹¹ Dans le cas de discrimination en raison de la langue, il s'agit d'accommodements linguistiques. Aux États-Unis par exemple, il a été jugé que « la présence dans une région d'un nombre important d'hispanophones obligeait les autorités à mettre à leur disposition les documents requis pour passer l'examen relatif au permis de conduire en langue espagnole, du moins s'il s'avérait que la seule disponibilité des documents en langue anglaise entraînait des inconvénients sérieux pour ceux ne parlant pas suffisamment cette langue » (J. WOEHLING, « Neutralité de l'État et accommodements : convergence ou divergence ? », *Options politiques*, septembre 2007, p. 21).

¹⁷⁹² Commission des droits de la personne du Québec c. Lingerie Roxana, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.).

¹⁷⁹³ Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.).

¹⁷⁹⁴ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency, J.E. 2004-966 (T.D.P.).

¹⁷⁹⁵ J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », art. cit., p. 385.

¹⁷⁹⁶ L'obligation d'accommodement renvoie aujourd'hui aussi bien à celle imposée par le juge, qu'à un accommodement négocié à l'amiable entre – par exemple – un salarié et son entreprise, ou encore à l'accommodement prévu directement dans un texte normatif, ou bien encore à celui « recommandé par une commission des droits de la personne » (E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », art. cit., p. 338). De plus, si la notion a d'abord été uniquement juridique, elle a ensuite évolué et renvoie aujourd'hui également à des arrangements non uniquement juridiques « visant à résoudre des situations de conflit ou d'incompatibilité de normes, de valeurs, de croyances, de coutumes de traditions » (D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 149).

¹⁷⁹⁷ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), 8 mars 1971.

milieu professionnel¹⁷⁹⁸. Cet arrêt reconnaît l'existence de discrimination *collective*, liée à un groupe dans sa globalité, en raison de conditions historiques particulières. La Cour suprême relève que certaines pratiques en apparence neutres sont, en réalité, discriminatoires :

« En vertu de la loi, les pratiques, les procédures, les tests a priori neutres (*neutral on their face*) et même intentionnellement neutres ne peuvent être maintenus s'ils ont pour effet de 'geler' le *statu quo* résultant de pratiques discriminatoires antérieures. »¹⁷⁹⁹

Elle reconnaît ainsi, explicitement, le caractère biaisé de la neutralité des intentions. Par conséquent, à partir de cet arrêt, la discrimination fut appréhendée comme « un phénomène social, historique, structurel, qui renvoie à une situation d'inégalité ou de déséquilibre plus qu'à une intention de nuire ou d'exclure », et de ce fait, le principe de non-discrimination « se charge d'un contenu positif : il impose au juge et à tous les pouvoirs publics d'entreprendre une action concrète de lutte contre les inégalités, une affirmative action qui, le cas échéant, peut, et même doit prendre explicitement en compte les critères de la race »¹⁸⁰⁰. Cet arrêt ouvre la voie, aux États-Unis, à la politique d'*affirmative action*, qui correspond à un « ensemble [de] dispositions, de nature publique ou privée, [...] qui octroient aux membres de divers groupes définis suite à un processus d'*assignment identitaire* – et ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire d'ampleur variable – un *traitement préférentiel* dans la répartition de certaines ressources rares, génératrices de gratifications matérielles et symboliques »¹⁸⁰¹.

555. La notion de discrimination positive est apparue, et s'est particulièrement développée, dans le modèle américain. Parce qu'ils sont une terre d'immigration, « aux divers et multiples ancêtres, langages, religions, manières de vivre et coutumes »¹⁸⁰², les États-Unis se sont construits autour d'une vision du Juste et non d'une vision du Bien. Toutefois, la société ainsi construite n'était pas réellement égalitaire, et des discriminations subsistaient à l'égard de certains groupes, en particulier des Noirs américains, après la fin de la ségrégation raciale¹⁸⁰³. Au cours du XX^e siècle, l'apparition de politiques d'*affirmative action* fut d'abord le fait des

¹⁷⁹⁸ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, op. cit., p. 40.

¹⁷⁹⁹ Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), cité par G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, op. cit., p. 40.

¹⁸⁰⁰ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, op. cit., p. 37.

¹⁸⁰¹ D. SABBAGH, *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, coll. « Études politiques », Paris, Économica, 2003, pp. 2-3.

¹⁸⁰² M. WALZER, *Traité sur la tolérance*, op. cit., p. 138.

¹⁸⁰³ Voir *supra*, § 452 et s.

gouvernements fédéraux et elles avaient pour objectif d'aboutir à une égalité réelle¹⁸⁰⁴. Avec les États-Unis, l'Afrique du Sud, l'Inde et le Canada sont les pays présentant les plus larges mesures de discrimination positive. En comparaison, dans les pays d'Europe, ces mesures sont le plus souvent facultatives et ne concernent pas les groupes ethniques, mais des groupes tels que les handicapés et les femmes¹⁸⁰⁵.

556. Comme les mesures d'accommodement raisonnable, les mesures de discrimination positive visent à corriger l'abstraction des normes et à mettre en œuvre l'égalité réelle en luttant contre la discrimination indirecte. La discrimination positive « s'entend d'une règle juridique qui établit une discrimination, donc une différenciation de traitement fondée sur un critère prohibé au nom d'une fin supérieure : la lutte contre la discrimination »¹⁸⁰⁶. À ce titre, elle vise à promouvoir entre différents groupes « une plus grande égalité de fait, ou, à tout le moins, à garantir aux membres des groupes désavantagés une véritable égalité des chances »¹⁸⁰⁷. L'objectif des mesures de discrimination positive consiste à mettre certains groupes dans la situation dans laquelle ils auraient été s'ils n'avaient jamais été victimes de discrimination, et d'aboutir par-là une situation d'égalité *réelle*. En ce sens, le rapport de la Commission européenne de 2009 définit la notion d'action positive comme un « ensemble de mesures proportionnées visant à instaurer *une égalité complète et véritable* dans la pratique pour les membres de groupes socialement et économiquement défavorisés, ou subissant d'une manière ou d'une autre les conséquences d'une discrimination ou d'un handicap social passé(e) ou présent(e) »¹⁸⁰⁸. Les mesures de discrimination positive doivent être distinguées des mesures de traitement préférentiel dans leur globalité, car elles ciblent spécifiquement « les membres d'un groupe stigmatisé, qui a été ou est encore victime de discriminations de droit ou de fait »¹⁸⁰⁹. Elles se fondent sur l'insuffisance de la dimension d'égalité relative à la neutralité : les normes neutres ne permettent pas, de manière suffisante, l'égalité entre les individus, c'est pourquoi leurs conséquences doivent être corrigées. Ainsi, au même titre que les

¹⁸⁰⁴ O. BEAUD, « L'Affirmative Action aux États-Unis : Une discrimination à rebours », *Revue internationale de droit comparé*, 1984, vol. 36, n° 3, p. 504.

¹⁸⁰⁵ Les appellations de telles mesures sont diverses : l'*affirmative action* aux États-Unis, les mesures de discrimination positive en France, les mesures de redressement temporaire au Canada ou encore l'action positive dans l'Union européenne.

¹⁸⁰⁶ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁸⁰⁷ G. CALVES, *La discrimination positive*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 8.

¹⁸⁰⁸ EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES. (éd.), *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive : étude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux États Unis et en Afrique du Sud.*, LU, Publications Office, 2009, p. 6 (nous soulignons).

¹⁸⁰⁹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 93.

accommodements raisonnables, la discrimination positive est précisément justifiée par la correction de la neutralité de l'État, qui n'a pas empêché l'existence de discriminations de fait. Ces mesures se fondent sur l'insuffisance de la neutralité-indifférence. Or, la reconnaissance des failles de la neutralité passive a abouti, par ces mesures notamment, à sa remise en cause.

II. La remise en cause de l'élément de non-intervention dans la neutralité

557. La reconnaissance du caractère biaisé de la neutralité passive mène à la remise en cause de l'élément de non-intervention dans la neutralité. Prendre acte des failles relatives à la neutralité nécessite l'*action* de l'État pour y remédier, et implique le renoncement à l'acception formelle de l'égalité (A), et la prise en compte du groupe, et non plus seulement de l'individu (B).

A) Le renoncement à l'égalité formelle

558. Aux États-Unis, l'instauration de la politique d'*affirmative action* a nécessité l'abandon de la doctrine « *Our constitution is blind* » instaurant l'égalité formelle entre les Blancs et les Noirs en mettant un terme à la doctrine « séparés mais égaux ». La doctrine de la *colorblindness* de la Constitution faisait obstacle aux politiques d'*affirmative action*, et représentait le principal argument des opposants à la discrimination positive du fait que celle-ci « consiste à traiter différemment les individus à raison de leur couleur de peau »¹⁸¹⁰. La discrimination positive s'oppose à la neutralité de l'État, précisément parce que ce type de mesures se fonde sur un « principe de préférence [qui] se substitue aux critères “neutres” et “objectifs” d'allocation de biens que sont le mérite ou l'effort individuels, l'ancienne, la compétitivité »¹⁸¹¹. Ce principe de préférence, fondé sur la prise en compte de la couleur, implique une contradiction directe avec l'exigence de neutralité. Son abandon fut explicitement consacré par la Cour suprême, qui formula le principe selon lequel « de même que la race des élèves doit être prise en compte pour déterminer l'existence d'une violation de la Constitution, de même la race doit être prise en compte pour la formulation d'un remède »¹⁸¹². Pour R.

¹⁸¹⁰ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, op. cit., p. 5.

¹⁸¹¹ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸¹² *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971), cité et traduit par G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, op. cit., p. 35.

Dworkin, les mesures de discrimination positive sont la conséquence de « l'histoire d'un échec », et résultent du fait que les Américains n'ont « pas réussi à réformer le sentiment d'appartenance raciale de [la] société [américaine] par des moyens racialement neutres » et sont donc « contraints de considérer les arguments en faveur de la discrimination positive avec sympathie et ouverture d'esprit »¹⁸¹³. La discrimination positive semble donc résulter de l'échec de la neutralité passive.

559. La remise en cause de l'élément de non-intervention dans la neutralité nécessite, dans la plupart des cas, le passage de l'égalité formelle à l'égalité réelle. Au Royaume-Uni, la loi sur l'égalité de 2010 (*Equality Act*) a acté le passage à une acception substantielle de l'égalité, et donc à l'acceptation des mesures d'accommodement raisonnable¹⁸¹⁴. Dans les écoles anglaises, les demandes d'accommodement en matière vestimentaire, alimentaire ou concernant les absences en cours sont le plus souvent acceptées, et les écoles ont pour mission de promouvoir la « *community cohesion* »¹⁸¹⁵. Dans le même sens, la jurisprudence de la CEDH relative aux accommodements raisonnables a suivi l'évolution de la jurisprudence relative à l'acceptation de l'égalité. Si de tels aménagements¹⁸¹⁶ n'existent explicitement que dans le cas du handicap, la jurisprudence de la CEDH a tout même évolué parallèlement à l'acceptation de l'égalité. En effet, dans un premier temps, la Commission refusait de créer des aménagements raisonnables sur le fondement de l'article 9 garantissant la liberté de conscience et de religion¹⁸¹⁷. Cette manière d'appréhender les différences a ensuite profondément changé. Par une décision *Thlimennos c. Grèce* du 6 avril 2000, la CEDH a officiellement acté le passage à l'égalité substantielle et donc à la prise en compte des différences :

« La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les États font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues [...]. Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans

¹⁸¹³ R. DWORKIN, « Le procès Bakke : le système des quotas est-il injuste ? », in *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 371.

¹⁸¹⁴ La loi sur l'égalité de 2010 impose en effet un rôle plus actif aux autorités publiques afin de lutter contre les discriminations directes et indirectes (P. SHAH, « Asking about reasonable accommodation in England », *International Journal of Discrimination and the Law*, juin 2013, vol. 13, n° 2-3, p. 93).

¹⁸¹⁵ J. IPGRAVE, « Comment la situation multiethnique et religieuse est-elle traitée dans les écoles anglaises ? », *Administration Education*, 2016, n° 3, p. 98.

¹⁸¹⁶ La CEDH utilise l'expression d'« aménagement raisonnable ».

¹⁸¹⁷ Comm. EDH, 12 juillet 1978, X. c. Royaume-Uni, req. n°7992/77.

justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. »¹⁸¹⁸

Dans cette affaire, la Cour se fonde sur l'article 14, relatif aux discriminations pour ouvrir la possibilité aux États membres d'intervenir pour corriger des « inégalités factuelles » entre différents groupes¹⁸¹⁹. Le fait de ne pas prendre de telles mesures peut, en certaines circonstances, emporter la violation de l'article 14. Si ce changement dans la manière d'appréhender les discriminations ne consacre pas, en lui-même, d'obligation d'accommodement raisonnable, certains auteurs considèrent que cet arrêt concerne tout de même – sans les citer explicitement – de telles mesures¹⁸²⁰. Il s'agissait, en l'espèce, de discrimination religieuse. Néanmoins, quelques années plus tard, dans un arrêt de 2006, *Kosteski v the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, la CEDH a implicitement jugé que l'article 9 n'impliquait pas une *obligation* d'aménagement en considérant qu'il ne garantissait pas « en tant que tel, le droit de s'absenter du travail les jours des fêtes religieuses particulières »¹⁸²¹. Ainsi, la CEDH a rejeté l'automaticité des mesures d'aménagement pour motifs religieux. En revanche, dans le cas du handicap, elle consacre une *obligation* d'aménagement dans un arrêt *Glor c. Suisse* de 2009¹⁸²², et indique explicitement que « [l]a discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable »¹⁸²³. Par la suite, dans un arrêt *Bayatyan c. Arménie* du 7 juillet 2011¹⁸²⁴, la CEDH a considéré qu'il pouvait y avoir violation de l'article 9 faute d'aménagement¹⁸²⁵. Ainsi, bien que l'obligation d'aménagement ne soit pas explicitement reconnue dans le cadre de l'article 9, le passage d'une conception formelle à une conception substantielle de l'égalité, consacrant des obligations positives de la part des États, a eu un

¹⁸¹⁸ CEDH, GC, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97.

¹⁸¹⁹ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, « Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 du Protocole n°12 à la Convention », 31 décembre 2019, p. 13.

¹⁸²⁰ C'est le cas notamment de la professeure E. Bribosia, qui estime que le principe consacré par l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* selon lequel, pour éviter une discrimination, l'État « peut être requis d'aménager une norme générale, le cas échéant en prévoyant des exceptions appropriées », peut être assimilé à une obligation d'aménagement raisonnable (E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.*, p. 355).

¹⁸²¹ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, « Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Liberté de pensée, de conscience et de religion », 30 avril 2021, p. 88.

¹⁸²² CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n°13444/04. En l'espèce, les autorités suisses n'avaient pas offert de possibilité à une personne handicapée d'aménager le service militaire de manière que ce dernier soit compatible avec le handicap. Cette personne souhaitait faire son service militaire, mais les autorités l'avaient déclarée inapte et lui ont fait payer la taxe d'exonération du service militaire.

¹⁸²³ CEDH, 30 janvier 2018, *Enver Şahin c. Turquie*, req. n°23065/12.

¹⁸²⁴ CEDH, GC, 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n°23459/03.

¹⁸²⁵ Il s'agissait en l'espèce, comme dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, d'un témoin de Jéhovah condamné pour avoir refusé de réaliser son service militaire du fait de ses convictions religieuses. La Cour a conclu à la violation de l'article 9 en raison du fait que la loi ne prévoyait pas de service civil de remplacement.

impact sur le développement des aménagements raisonnables en droit européen, ce qui montre le lien entre la vision de l'égalité et les mesures prises pour corriger, le cas échéant, les failles d'une conception formelle de l'égalité.

B) Le passage de l'individu au groupe

560. La correction de la neutralité passive nécessite, dans certaines mesures de correction, le renoncement à la logique de l'individu, et le passage à la logique de groupe. C'est en particulier le cas des mesures de discrimination positive, et, dans une moindre mesure, des mesures d'accommodements raisonnables. Les accommodements raisonnables sont, dans la majorité des cas, des aménagements individuels. Toutefois, comme le relève K. Henrard, la notion d'accommodement raisonnable est fortement liée aux groupes : si les accommodements raisonnables sont, dans la majorité des cas, individualisés – comme une autorisation d'absence pour fête religieuse – les accommodements qui en résultent bénéficient, dans la plupart des cas, au groupe concerné¹⁸²⁶. La possibilité d'un aménagement pour tel ou tel critère ouvre cette même possibilité pour l'ensemble des individus se trouvant dans la même situation¹⁸²⁷.

561. La particularité de la discrimination positive est qu'elle se fonde sur les *groupes*, qui peuvent être définis comme « les agrégats d'individus possédant un marqueur identitaire commun stable et permanent »¹⁸²⁸. Les groupes visés par ces mesures sont le plus souvent définis « selon des critères innés et permanents »¹⁸²⁹, les mesures ne concernant que les groupes dans lesquels les individus se trouvent par leur naissance et qu'ils ne peuvent quitter. Dans la majorité des pays mettant en œuvre des politiques de discrimination positive, ces groupes sont ceux ayant subi une oppression par le passé. Par exemple, en Inde, la Constitution autorise depuis 1949 des mesures de discrimination positive pour trois groupes : les *Dalits*, les membres de « tribus répertoriées », et les « classes de citoyens socialement ou culturellement arriérés »¹⁸³⁰. Au Canada, la discrimination positive est inscrite dans la Constitution, et les bénéficiaires des mesures sont notamment les autochtones, les minorités visibles, ainsi que les

¹⁸²⁶ K. HENRARD, « Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights », art. cit., p. 64.

¹⁸²⁷ Par exemple, dans l'affaire *Multani*, l'accommodement réalisé pour un jeune garçon Sikh de porter son *kirpan* à l'école ouvrait la possibilité pour tous les élèves de confession sikhe de demander le même accommodement.

¹⁸²⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 9.

¹⁸²⁹ S. WUHL, *Discrimination positive et justice sociale*, coll. « Sociologie d'aujourd'hui », Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

¹⁸³⁰ G. CALVES, *La discrimination positive*, op. cit., p. 10.

personnes handicapées et les femmes¹⁸³¹. Les groupes favorisés sont considérés comme désavantagés par rapport à la majorité. C'est bien la prise en compte de l'appartenance originaire à un groupe qui fait l'esprit et la particularité de la discrimination positive. L'idée fondant la discrimination positive est de considérer que c'est le groupe *dans son ensemble* qui est victime de discrimination, et qu'il convient, par conséquent, d'ouvrir le droit à des mesures correctrices à l'ensemble des membres du groupe, quand bien même certains ne seraient pas victimes de discrimination¹⁸³². Ce critère d'appartenance à un groupe est l'une des principales critiques à l'encontre de la discrimination positive, car la prise en compte du groupe s'oppose à la conception individuelle de l'égalité¹⁸³³.

562. C'est en raison de cette opposition entre la reconnaissance des groupes et la conception individuelle de l'égalité que la discrimination positive n'existe que de façon anecdotique en France. En effet, la République française « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion »¹⁸³⁴ et, pour cette raison, elle ne reconnaît pas de groupe distinct au sein du peuple français¹⁸³⁵, et s'oppose « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »¹⁸³⁶. Le droit français est donc particulièrement étranger au concept de discrimination positive. À ce titre, le comité de réflexion réuni par le Président Nicolas Sarkozy au sujet du Préambule de la Constitution, qui portait notamment sur la réflexion au sujet de la discrimination positive, a conclu au refus de celle-ci en raison de la volonté de ne pas reconnaître de groupes¹⁸³⁷. La France a néanmoins mis en place des mesures de discrimination positive et a dû, pour cela, modifier sa Constitution. D'abord, la lutte pour la parité¹⁸³⁸ a mené à la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 qui modifie l'article 3 de la

¹⁸³¹ EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES. (éd.), *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive*, op. cit., p. 33.

¹⁸³² O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 197.

¹⁸³³ G. CALVES, *La discrimination positive*, op. cit., p. 18 : « Les détracteurs de la discrimination positive soulignent que les bénéficiaires de cette politique sont définis à partir d'une affiliation imposée, d'un trait inné et immuable qui, de plus, a servi par le passé à maintenir leur groupe dans un état de sujétion. Elle sape, à ce seul titre, les bases mêmes d'une société où la naissance n'est plus un principe de hiérarchisation des individus. ».

¹⁸³⁴ Constitution du 4 octobre 1958, Article 1^{er}.

¹⁸³⁵ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de la Corse.

¹⁸³⁶ Décision n°99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

¹⁸³⁷ *Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Rapport du comité présidé par Simone Veil*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 53 : « Le Comité a rapidement dégagé un consensus en son sein pour refuser la promotion de la diversité entendue comme permettant des différenciations directement fondées sur la race, les origines ou la religion ».

¹⁸³⁸ Sur la compatibilité entre l'universalisme et la parité dans le contexte français, voir par exemple : M. AMAR, *Le piège de la parité : arguments pour un débat*, coll. « Pluriel », n° 982, Paris, Hachette littératures, 1999 ; E. LEPINARD, *L'égalité introuvable : la parité, les féministes et la République*, coll. « Académique », Paris, Presses de Sciences Po, 2007 ; L. BERENI, *La bataille de la parité : mobilisations pour la féminisation du pouvoir*, coll. « Études politiques », Paris, Economica, 2015.

Constitution en ajoutant que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives », et révisait l'article 4 qui dispose désormais que les partis politiques « contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi »¹⁸³⁹, puis à la loi du 10 juillet 2000 instaurant l'un des rares systèmes de quotas stricts en matière de parité¹⁸⁴⁰, et enfin, à la révision du 23 juillet 2008 qui modifie l'article 1^{er} de la Constitution en disposant que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes [...] aux responsabilités professionnelles et sociales »¹⁸⁴¹. Par ailleurs, la révision de 2003 a également créé la possibilité pour les territoires d'outre-mer de prendre des mesures « en faveur de [leur] population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier »¹⁸⁴². Par conséquent, dans le modèle français, les différentes mesures de discrimination positive n'ont pu voir le jour que par des révisions constitutionnelles, ce type de mesures étant aux antipodes de l'universalisme français¹⁸⁴³.

563. La reconnaissance des groupes, et la volonté de prendre en compte l'égalité réelle ont pour conséquence le renoncement à la neutralité-indifférence, et la mise en place d'une neutralité des *conséquences*.

§2. L'action de l'État au service de la neutralité des conséquences : vers une neutralité de soutien

564. Les mesures visant à instaurer l'égalité réelle répondent à une logique d'égälisation des opportunités correspondant à une neutralité active (I), qui rencontrent toutefois des limites (II).

¹⁸³⁹ Loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes.

¹⁸⁴⁰ Loi n°2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

¹⁸⁴¹ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

¹⁸⁴² Article 74 al. 10 de la Constitution du 4 octobre 1958, modifié par la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003.

¹⁸⁴³ Le modèle français n'est toutefois pas totalement indifférent à l'existence de groupes : D. LOCHAK, « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences », in *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-185 ; H. MOUTOUH, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse de doctorat, 1995-2013, France, Université Bordeaux-IV, 1996 ; O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit.

I. La mise en place de la neutralité comme *égalité d'opportunités*

565. Les mesures correctrices correspondent à une intervention de l'État dans la sphère du Bien : l'adaptation – dans le cas des accommodements raisonnables – et la création – dans le cas de la discrimination positive – de normes ont pour objectif de faciliter la poursuite des modes de vie choisis. En intervenant dans la sphère privée – en particulier dans le cas des accommodements raisonnables – l'État n'est plus indifférent aux conceptions du bien, mais les prend expressément en compte en vue de les faciliter. Cette intervention remet en cause la séparation entre le Juste et le Bien, fondement de neutralité de l'État, et vise explicitement à corriger la neutralité, tant dans le cas des accommodements raisonnables (A), que dans celui de la discrimination positive (B).

A) La visée correctrice des accommodements raisonnables

566. En raison des discriminations systémiques, des mesures sont nécessaires pour *corriger* la neutralité biaisée. L'idée de « correction » est fondamentale dans le concept d'accommodement raisonnable : il ne s'agit pas d'une remise en cause totale de l'État minimal et de l'universalisme abstrait, mais d'une *correction*. Lorsqu'ils sont liés à l'État, les accommodements raisonnables visent en particulier à corriger les situations de discrimination systémique qu'il est difficile de supprimer. En effet, revenir sur certaines normes ou faits parce qu'ils reflètent une vision du monde ou une religion particulière est parfois impensable. Par exemple, il est plus facile de mettre fin à l'interdiction du travail le dimanche – reflet de la culture chrétienne – que de mettre en fin au calendrier chrétien¹⁸⁴⁴. Les accommodements raisonnables sont ainsi une illustration par la pratique du fait qu'une neutralité totale est impossible : ni l'État, ni les normes fixées par lui, ne peuvent être totalement neutres. L'idée de correction suppose que la neutralité n'est jamais figée : si la neutralité libérale présente des défauts que la société contemporaine met peu à peu en lumière, des mesures peuvent être prises pour corriger les « oublis » de la neutralité. L'idée de correction inhérente aux accommodements raisonnables montre que de telles mesures ne visent pas à remettre en cause la neutralité : au contraire, il s'agit de s'en approcher toujours plus *via* la reconnaissance des différences. Pour le professeur canadien J. Woehrling, « c'est précisément le respect de la neutralité qui exige de l'État qu'il fasse des accommodements raisonnables dans certains

¹⁸⁴⁴ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 67.

cas »¹⁸⁴⁵. Dans le même sens, le rapport Bouchard-Taylor relève que « l’accommodement raisonnable procède davantage de la philosophie générale du pluralisme que du multiculturalisme comme tel »¹⁸⁴⁶. Aussi, c’est bien la neutralité de l’État qui justifie le recours aux accommodements raisonnables. Néanmoins, si l’objectif reste identique – celui d’un État neutre – la conception de la neutralité se trouve modifiée par l’intervention de l’État. Il s’agit désormais, avec l’apparition de mesures correctrice et l’intervention de l’État, de mettre en place la neutralité comme égalité d’opportunités.

567. La raison d’être des accommodements raisonnables est, en effet, de remédier aux failles de l’universalisme abstrait, et leur mise en œuvre témoigne d’un passage de la neutralité passive – insuffisante – à la neutralité active de l’État, passant nécessairement par une intervention de ce dernier dans le domaine des croyances et des modes de vie, pourtant en dehors de sa sphère d’action depuis l’avènement de l’État moderne. Les mesures d’accommodement raisonnable mettent en œuvre une neutralité par égalité d’opportunités en mettant fin aux discriminations indirectes réduisant les opportunités des individus. Par exemple, dans l’affaire *Simpson Sears*¹⁸⁴⁷, l’employée, parce qu’elle ne pouvait pas respecter à la fois ses croyances et les obligations liées à son emploi, avait dû réduire ses propres opportunités en acceptant un travail à temps partiel lorsqu’elle aurait souhaité conserver un emploi à temps plein. Ses croyances religieuses, et les pratiques qu’elles impliquaient, avaient pour conséquence que cette employée n’avait pas les mêmes opportunités que les membres de la religion majoritaire, pour lesquels les obligations salariales étaient mieux adaptées. En conséquence de ce constat, la Cour suprême du Canada a créé la notion d’accommodement raisonnable, afin d’éviter les conséquences défavorables d’une règle générale pour un groupe déterminé, et ainsi, cette obligation d’accommodement a pour but d’assurer la neutralité des conséquences afin de pallier les limites de la neutralité des justifications. Par exemple, une norme générale – l’interdiction du port d’arme dans les écoles – peut avoir une justification neutre – la sécurité – mais avoir des effets défavorables sur un groupe déterminé – dans l’exemple choisi, les enfants sikhs ne peuvent respecter les préceptes de leur religion à l’école, car ils ne peuvent porter le *kirpan*¹⁸⁴⁸. Dans l’arrêt *Multani*, le raisonnement de la Cour montre explicitement le prisme dans lequel se place la Cour, qui fonde l’accommodement sur la

¹⁸⁴⁵ J. WOEHRLING, « Neutralité de l’État et accommodements : convergence ou divergence ? », art. cit., p. 24.

¹⁸⁴⁶ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l’avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé, op. cit.*, p. 72.

¹⁸⁴⁷ Voir *supra*, § 551.

¹⁸⁴⁸ Cet exemple est issu de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256.

nécessité d'accorder à toutes les croyances et à tous les individus, le même respect et la même liberté :

« La tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne. Si des élèves considèrent injuste que G puisse porter son kirpan à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie. La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres. Prendre une mesure d'accommodement en faveur de G et lui permettre de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent. »¹⁸⁴⁹

Le raisonnement de la Cour, en soulignant la nécessité de protéger de la même manière chaque croyance, montre qu'il s'agit de garantir l'égalité d'opportunités pour chaque individu.

568. La conception de l'égalité qui est à l'origine de l'idée d'accommodements raisonnables est une conception qui se veut « objective » au sens où elle ne prend pas en compte la volonté de discriminer, mais les conséquences de la mesure, c'est-à-dire « l'effet d'exclusion discriminatoire »¹⁸⁵⁰. Il s'agit ainsi d'une conception *égalitariste* de la neutralité, qui implique une action positive de la part de l'autorité publique. Selon le rapport Bouchard-Taylor, le « droit à l'égalité et à la liberté de religion n'a pas nécessairement pour contrepartie l'uniformité et l'homogénéité »¹⁸⁵¹. La neutralité de l'État, comme l'indique le rapport Bouchard-Taylor, interdit à celui-ci de « faire d'un précepte ou d'une pratique propre à une religion donnée – même celle de la majorité – une norme contraignante pour l'ensemble de la population »¹⁸⁵². Or, les mesures d'accommodement raisonnable empêchent précisément des normes abstraites d'être discriminantes à l'égard de certaines catégories de la population et ainsi d'imposer la religion et la culture majoritaire à l'ensemble des individus, y compris aux minorités. Par

¹⁸⁴⁹ *Ibid.* Le raisonnement opéré par le juge dans l'affaire Multani est explicité dans le rapport Bouchard-Taylor, qui prône la nécessité d'accommodement pour que les élèves puissent être en accord avec leurs croyances et leurs pratiques religieuses en considérant que « l'éducation au pluralisme [fait] partie de la mission de l'école » (G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé, op. cit.*, p. 65). En France, dans le rapport Stasi de 2003, le raisonnement relatif au port de signes religieux était parfaitement inverse, la Commission Stasi considérant que l'interdiction « doit se comprendre comme une chance donnée à l'intégration » (B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, op. cit.*, p. 59).

¹⁸⁵⁰ P. BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in M. JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Québec, Canada, Y. Blais, 2007, p. 3.

¹⁸⁵¹ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé, op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁵² G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation, op. cit.*, p. 152.

conséquent, de telles mesures renforcent la neutralité en ce qu'elles préviennent les normes contraignantes issues de la culture majoritaire, telle que l'interdiction du travail le dimanche par exemple¹⁸⁵³. Parallèlement, l'existence de ces mesures correctrices ne porte pas atteinte à la neutralité de l'État, car elles n'engagent que les destinataires de ces mesures¹⁸⁵⁴.

569. Le développement des accommodements raisonnables témoigne ainsi d'une volonté de corriger la neutralité de l'État afin d'élargir le cadre de celle-ci. Cette volonté ressort à la fois de l'obligation d'aménagement « classique », qui suppose une adaptation d'une règle spécifiquement pour un ou plusieurs individus, mais aussi de l'exigence établie par les juridictions canadiennes d'intégrer directement ces aménagements dans la norme elle-même¹⁸⁵⁵. L'adaptation des règles de manière préventive élargit le cadre de la neutralité en vue d'établir pleinement l'égalité d'opportunités à l'ensemble de la population. Ainsi, si la notion d'accommodement raisonnable rompt avec la dimension passive de la neutralité de l'État, elle va dans le sens d'un approfondissement de l'idéal de neutralité en permettant l'égalité d'opportunités, et acte ainsi d'un passage à la neutralité active de l'État.

570. Ce passage de la neutralité passive à la neutralité-reconnaissance via la notion d'accommodements raisonnables peut, dans une moindre mesure, être observée en France. Dans sa décision du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel indiquait explicitement que « les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes desquelles “la France est une République laïque” [...] interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des *règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* ». Le Conseil d'État, dans un arrêt du 15 décembre 2006, *Association United Sikhs et M. Shingara Mann Singh*¹⁸⁵⁶, a jugé, conformément à l'acception française de l'égalité, qu'une différence de situation « n'implique pas qu'un traitement différent aurait dû être réservé aux personnes de confession sikhe »¹⁸⁵⁷. Toutefois, il y a bien, contrairement à ce que pourrait laisser le supposer le principe de laïcité, une « pratique républicaine »¹⁸⁵⁸ d'accommodements

¹⁸⁵³ Le rapport Bouchard-Taylor relève que la loi qui interdisait aux commerces d'ouvrir le dimanche « traduisait une norme chrétienne dans le droit positif », et qu'ainsi « [l]es athées, les agnostiques et les membres des autres communautés religieuses devaient respecter une loi provenant directement de la religion chrétienne ». Cette situation avait pour conséquence le fait que ces derniers « n'étaient [...] pas traités avec un respect égal par l'État ». (*Ibid.*).

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ K. HENRARD, « Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights », art. cit., p. 66.

¹⁸⁵⁶ Conseil d'État, 15 décembre 2006, *Association United Sikhs et M. Shingara Mann Singh*, n°289946.

¹⁸⁵⁷ Il s'agissait, en l'espèce, de l'obligation des photos d'identité « tête nue ».

¹⁸⁵⁸ P.-H. PRELOT, « Définir juridiquement la laïcité », art. cit., p. 145.

raisonnables, le modèle français n'étant pas étranger à un certain différencialisme¹⁸⁵⁹. La spécificité fondamentale du modèle français est qu'il n'y a pas de *droit* à l'accommodement raisonnable, mais seulement une *possibilité*¹⁸⁶⁰, excepté dans le cas du handicap¹⁸⁶¹, qui ne relève pas de la même logique. Si ce nouveau modèle de laïcité est récent, son apparition est déjà visible à la fin du XX^e siècle¹⁸⁶², les aménagements dérogatoires existant en réalité depuis les débuts de la laïcité¹⁸⁶³. Les accommodements raisonnables existaient déjà en Outre-Mer : Mayotte par exemple, bénéficiait longtemps d'accommodements *culturels* : le droit à la bigamie et des juridictions spécifiques religieuses les juridictions cadiales. Le rapport Stasi de 2003, s'il oppose le modèle français au modèle canadien¹⁸⁶⁴, mentionne des éléments allant dans le sens d'une laïcité de reconnaissance, comme l'amélioration de la prise en compte des « exigences liées à l'organisation de grandes fêtes religieuses » ; l'amélioration de l'abattage rituel ; l'amélioration de la prise en compte des interdictions alimentaires liés aux convictions religieuses ; ou encore l'amélioration de l'enseignement du fait religieux¹⁸⁶⁵. Les carrés confessionnels, ou

¹⁸⁵⁹ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit.

¹⁸⁶⁰ G. CALVES, *La laïcité*, op. cit., p. 83 : Pour G. Calvès, la particularité du modèle français d'accommodements raisonnables, par rapport au modèle québécois, et qui le distingue considérablement de ce dernier, est qu'il « est accordé de manière unilatérale et, surtout, discrétionnaire ».

¹⁸⁶¹ Article L. 1321-2-1 du Code du Travail ; Article 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, 83-634. Ces dispositions obligent à prendre les mesures nécessaires pour les travailleurs handicapés.

¹⁸⁶² M. WIEVIORKA, « Laïcité et démocratie », art. cit.. Dans cet article publié en 1995, M. Wieviorka concluait en plaçant pour une mutation de laïcité vers une neutralité-reconnaissance : « La laïcité ne survivra, comme principe, que si elle est combinaison de références à l'État et à la République, ce qu'elle a toujours été, mais aussi à la société et à la démocratie, ce qui n'a jamais été son problème. Il lui faut être indissociable d'une prise en charge des demandes sociales que l'école public sait aujourd'hui de moins en moins bien traiter, et donc ne pas être constituée en idéologie au service de couches moyennes plus ou moins protégées des drames de l'exclusion et de la chute sociale. Il lui faut apprendre à considérer autrement que comme une menace mortelle des différences culturelles, et notamment religieuses, qui sont elles aussi des demandes appelant traitement politique, débat, négociation, concertation. L'époque est révolue, où l'école primaire entendait faire entrer tous les enfants dans la citoyenneté et la nation, où le lycée, réservé aux futures élites, pouvait leur dispenser sans difficulté l'enseignement des humanités, et où l'identité nationale constituait le cadre et l'horizon du progrès politique, économique et culturel. Dans une société qui se fracture socialement, et qui se fragmente culturellement, où l'État et la culture cessent de coïncider pour dessiner l'État-nation, où les individus, y compris comme élèves, veulent exister comme sujets, la laïcité doit redevenir active, non plus combat pour écarter l'emprise de la religion dominante, mais effort pour tenir compte de demandes sociales et culturelles qui, même si elles revêtent un tour religieux, ne sont pas nécessairement une mise en cause de la République » (pp. 70-71).

¹⁸⁶³ P.-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité en droit français », art. cit..

¹⁸⁶⁴ La définition des accommodements donnée par le rapport Stasi est inverse à celle du modèle québécois : « Par-delà le statut des cultes, l'exigence laïque demande aussi à chacun un effort sur soi. Le citoyen conquiert par la laïcité la protection de sa liberté de conscience ; en contrepartie il doit respecter l'espace public que tous peuvent partager. Revendiquer la neutralité de l'État semble peu conciliable avec l'affichage d'un prosélytisme agressif, particulièrement dans l'espace scolaire. Accepter d'adapter l'expression publique de ses particularités confessionnelles et de mettre des bornes à l'affirmation de son identité permet la rencontre de tous dans l'espace public. C'est ce que les Québécois qualifient d'"accommodements raisonnables". L'esprit de la laïcité requiert cet équilibre de droits et des devoirs » (B. STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, op. cit., pp. 16-17).

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, pp. 38-39.

encore les autorisations d'absence pour exercice du culte ou fêtes religieuses pour les élèves¹⁸⁶⁶, et pour les agents publics¹⁸⁶⁷, relèvent de la même logique d'accommodements.

571. En particulier, la question des menus dans les cantines scolaires et pénitenciaires a fait évoluer la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables. Dans les prisons, le Conseil d'État a reconnu en 2016 que l'administration pénitentiaire devait « permettre, dans toute la mesure du possible eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements et dans le respect de l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitenciaires, l'observance des prescriptions alimentaires résultant des croyances et pratiques religieuses », et garantir, le cas échéant, aux personnes dépourvues de la possibilité d'acheter des produits complémentaires, la faculté de suivre les prescriptions alimentaires « en leur fournissant, dans la limite de ses contraintes budgétaires, une aide en nature appropriée à cette fin »¹⁸⁶⁸. Il consacre alors une neutralité *positive*. Concernant les cantines scolaires, dans l'état actuel de la jurisprudence, le fait de proposer des menus adaptés aux convictions religieuses des usagers est une *possibilité* : ce n'est ni une obligation pour les collectivités, ni un droit pour les usagers¹⁸⁶⁹. Toutefois, la jurisprudence du 21 juin 2022 apporte des restrictions cette règle¹⁸⁷⁰ : le Conseil d'État précise que ces adaptations ne doivent pas porter atteinte au bon fonctionnement du service « notamment en ce que, par leur caractère *fortement dérogatoire* par rapport aux règles de droit commun et *sans réelle justification*, elles *rendraient plus difficile le respect de ces règles par les usagers ne bénéficiant pas de la dérogation* ou se traduiraient par une rupture caractérisée de l'égalité de traitement des usagers, et donc méconnaîtraient l'obligation de neutralité du service public »¹⁸⁷¹. Le refus d'un aménagement prévu par le gestionnaire du service public marque une rupture dans l'évolution de la neutralité positive. La vision de l'égalité retenue dans l'ordonnance du Conseil d'État

¹⁸⁶⁶ Dans une décision du 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, le Conseil d'État a jugé, en actant l'absence de possibilité de dérogations dans la loi, que les chefs des établissements avaient une *obligation* d'examen des demandes d'absence en cas d'exercice d'un culte ou de célébration d'une fête religieuse. L'arrêt indique que l'obligation d'assiduité n'interdit pas « aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse dans le cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement » (Conseil d'État, Ass., 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n°125148). Dans son arrêt d'assemblée *Koen* du 14 avril 1995, il évoque le droit des élèves à « bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse » (Conseil d'État, Ass., 14 avril 1995, *Koen*, n°125148).

¹⁸⁶⁷ Dans un arrêt de 1997, *Mlle Henry*, le Conseil d'État a précisé que le chef d'établissement refusant une demande d'absence alors même que celle-ci ne portait pas atteinte au fonctionnement normal du service, commettait une erreur de droit (Conseil d'État, 12 février 1997, *Mlle Henry*, n°125893).

¹⁸⁶⁸ Conseil d'État, 10 février 2016, n°385929.

¹⁸⁶⁹ Conseil d'État, 11 décembre 2020, n°426483.

¹⁸⁷⁰ Voir *supra*, § 397 et s.

¹⁸⁷¹ Conseil d'État, Ord., 21 juin 2022, n°464648.

correspond à une vision formelle de l'égalité. L'affaire du burkini dans les piscines municipales présentait l'intérêt majeur de permettre au Conseil d'État de se prononcer sur une décision d'accorder un « accommodement raisonnable » – bien que les termes n'étaient pas utilisés – pris par le gestionnaire d'un service public. Pour J. De Gliniasty, la décision porte un coup d'arrêt aux adaptations pour motifs religieux¹⁸⁷². Toutefois, pour G. Calvès, cet arrêt ne ferme pas la porte aux accommodements raisonnables, car, en l'absence de justification sur le fondement des convictions religieuses, le juge n'a pu se placer que sur le terrain de l'égalité de traitement¹⁸⁷³. Il semble toutefois y avoir une opposition aux accommodements raisonnables pour motifs religieux, qui ressort également de l'instruction du Gouvernement du 31 décembre 2021 relative au contrôle de légalité des actes portant gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services public, dans le cadre de la loi « séparatisme » de 2021¹⁸⁷⁴.

572. Malgré les récentes restrictions, il semble émerger une neutralité-reconnaissance via le développement de la pratique d'accommodements raisonnables, en particulier dans le « droit mou »¹⁸⁷⁵. De même, les exceptions progressivement dégagées au principe de non-subventionnement depuis la loi de 1905, en particulier par cinq arrêts du Conseil d'État rendus en 2011 qui remettent partiellement en cause le principe de non-subventionnement des cultes¹⁸⁷⁶, s'inscrivent dans l'évolution vers une neutralité de soutien. Tant que l'État ne favorise pas un ou plusieurs cultes en particulier, la neutralité est respectée. La mise en œuvre passive de la neutralité républicaine par la séparation stricte et le principe de non-subventionnement est progressivement remise en cause. Pour V. Valentin, les mutations de la laïcité en France suivent une double évolution : celle évoluant vers la neutralité des personnes privées¹⁸⁷⁷, et – paradoxalement – celle d'une neutralité « de soutien »¹⁸⁷⁸. Dans le même sens, S. Pinon parle d'une laïcité désormais « tripolaire » avec l'émergence datant du début des années 2000 des « accommodants », actant l'apparition d'une « laïcité de promotion » qui « serait le reflet naturel de l'avènement des sociétés multiculturelles, marquées par la

¹⁸⁷² J. DE GLINIASTY, « Laïcité dans les piscines municipales : entre principe juridique et argument politique (CE Ord., 21 juin 2022, Commune de Grenoble) », art. cit.

¹⁸⁷³ G. CALVES, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », art. cit..

¹⁸⁷⁴ Cette instruction précise par exemple que, si les horaires d'accès aux piscines peuvent être différenciées lorsque cette différenciation est justifiée par « des considérations relatives à la protection des publics », elle ne peut l'être pour un « motif de nature religieuse ».

¹⁸⁷⁵ G. CALVES, « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », art. cit.

¹⁸⁷⁶ Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, n°308817 ; Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Commune de Trélazé, n°308544 ; Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole, n°309161 ; Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Mme Vayssière, n°320796 ; Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Commune de Montpellier, n°313518.

¹⁸⁷⁷ Voir *supra*, § 377 et s.

¹⁸⁷⁸ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », art. cit. ; V. VALENTIN, « Remarques sur les mutations de la laïcité. Mythes et dérives de la « séparation ». », art. cit.

prolifération des revendications identitaires »¹⁸⁷⁹. Cette nouvelle forme de neutralité est *active* : elle implique l'intervention de l'État pour établir l'égalité entre toutes les religions, ce qui implique de prendre en compte les situations de désavantages dans lesquelles se trouvent certaines. Pour l'auteur, l'apparition de ce modèle de laïcité accommodant en France est « presque schizophrénique », notamment car il y a d'un côté les juridictions administratives qui « essaient tant bien que mal de tenir un cap *libéral* », et de l'autre le législateur, qui « se distingue davantage par son *intransigeance* »¹⁸⁸⁰. Cette thèse de l'émergence d'une neutralité de soutien ne fait toutefois pas l'unanimité¹⁸⁸¹.

B) La visée correctrice de la discrimination positive

573. L'objectif de la discrimination positive, quel que soit le modèle dans lequel elle est mise en œuvre, est d'établir l'égalité réelle, et de permettre à chaque individu d'avoir la même opportunité de poursuivre sa conception du bien. La finalité même de ces mesures correctrices est donc l'égalité d'opportunité. Leur existence est révélatrice d'une certaine forme de mise en œuvre de la neutralité qui a pour but d'approfondir l'élément d'égalité, car elles trouvent leur raison d'être dans l'inégalité de traitement et la volonté d'y pallier. Elles corrigent la neutralité passive qui mène à des inégalités de fait, en particulier pour les groupes qui ont été discriminés juridiquement par le passé, et visent à corriger les conséquences des discriminations indirectes subies par ces différents groupes afin d'aboutir à une situation dans laquelle il n'est pas nécessaire d'agir pour rétablir l'égalité de traitement. De cette raison d'être, découle le caractère provisoire des mesures, inhérent à leur nature : ces mesures sont considérées comme devant être mises en place le temps de faire évoluer la société ou le temps que les torts passés soient réparés¹⁸⁸². Par conséquent, dans la grande majorité des modèles les mettant en place, les mesures de discrimination positive sont provisoires. Dans son opinion séparée ajoutée à l'arrêt

¹⁸⁷⁹ S. PINON, « Laïcité, que d'erreurs on commet en ton nom ! », art. cit., p. 147.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 149. Pour M. Gauchet, c'est dans la querelle du voile que se rencontre en particulier ces deux visions : « Pour ses défenseurs, le port du voile relève de la liberté personnelle, précisément, de manifester une identité religieuse n'engageant que son auteure, si ce n'est l'élémentaire liberté pour chacun de s'habiller comme il l'entend, auxquelles seul un esprit autoritaire d'un autre âge peut trouver à redire. Pour ses adversaires, ce prétendu choix individuel recouvre en réalité, une soumission à la loi du groupe, étayée sur la loi religieuse, quand il ne procède pas directement de la pression communautaire, tout en symbolisant, de surcroît, l'infériorité statutaire de la condition féminine véhiculée par le droit religieux. Le point est caractéristique de la confusion qui rend la dispute inextricable » (M. GAUCHET, « Laïcité », art. cit., p. 145).

¹⁸⁸¹ Dans son ouvrage global sur la laïcité, G. Calves ne semble pas partager ce constat (G. CALVES, *La laïcité*, op. cit.). Voir aussi : G. CALVES, « Sur un prétendu droit au respect des croyances religieuses », in A. BARB et D. LACORNE (dirs.), *Les politiques du blasphème*, coll. « Recherches internationales », Paris, Karthala, 2018, pp. 77-93.

¹⁸⁸² Voir *infra*, § 642 et s.

Bakke, le juge Blachmun exprime l'idée d'un but à atteindre, qui explique le caractère provisoire de ces mesures :

« Personne plus que moi n'espère du fond du cœur qu'un jour, au terme de ce que certains appelleraient une période d'inégalité transitoire, les États-Unis atteindront une phase de maturité où [les programmes d'affirmative action] ne seront plus nécessaires. Alors les individus seront considérés comme des individus, et le type de discrimination que nous examinons aujourd'hui ne sera plus qu'un triste chapitre d'une histoire instructive mais révolue. »¹⁸⁸³

De même, pour R. Dworkin, défenseur de la discrimination positive, celle-ci doit être provisoire, car l'objectif final ne peut pas être la discrimination. En effet, si les mesures de discrimination sont une nécessité à court terme, « à long terme, [le] but [de ces mesures] est de *réduire* le sentiment que les États-Unis peuvent avoir de leurs divisions raciales »¹⁸⁸⁴. La discrimination positive est alors un détour nécessaire pour atteindre une société réellement *colorblind*. L'horizon demeure la neutralité. Le caractère provisoire des mesures découle donc de leur finalité. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, dans son article 4, évoque des « mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes », qui ne doivent « en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes », et qui doivent ainsi « être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints »¹⁸⁸⁵. Dans le même sens, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 dispose que les « mesures spéciales » ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale « à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur *une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient* »¹⁸⁸⁶. Le caractère temporaire des mesures de discrimination positive est donc inhérent à leur objectif, celui de supprimer les effets des inégalités passées ou actuelles¹⁸⁸⁷. Ce

¹⁸⁸³ Opinion du juge Blachmun, cité par G. CALVES, *La discrimination positive*, op. cit., p. 39.

¹⁸⁸⁴ R. DWORKIN, « Le procès Bakke : le système des quotas est-il injuste ? », art. cit., p. 368.

¹⁸⁸⁵ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 3 septembre 1981, Article 4, §1.

¹⁸⁸⁶ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 4 janvier 1969, Article 1^{er}, §4 (nous soulignons).

¹⁸⁸⁷ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 13 : « La discrimination positive est généralement défendue en tant que mesure temporaire, jugée nécessaire afin d'accélérer l'évolution vers une société indifférente à la couleur de peau de ses membres (« *color-blind* » society). C'est une mesure destinée à remédier à des années de discrimination et, par conséquent, à nous rapprocher du type de société qui aurait existé si nous avions toujours vécu sous un régime de séparation de l'État et de l'ethnicité. [...] Loin de s'opposer à l'idéal de séparation de l'État et de l'ethnicité, la discrimination positive est une façon de tenter de le réaliser ».

caractère provisoire permet de confirmer l'idée que les mesures de discrimination positive ont pour but d'améliorer la mise en œuvre de la neutralité de l'État. Si le fait de reconnaître des différences au sein des individus ou de reconnaître des groupes en se fondant sur des caractéristiques héritées à la naissance va à l'encontre du principe libéral d'indifférence de l'État aux différences, l'objectif visé est non seulement compatible avec la neutralité, mais permet surtout de l'approfondir. C'est en effet lorsque les mesures de discrimination positive auront rempli leur objectif de créer une société dans laquelle aucun individu ou groupe individuel n'est lésé du fait de son identité, de sa couleur ou de ses croyances, que l'État sera réellement neutre. La discrimination positive vise donc à corriger la neutralité biaisée des États contemporains, et à compenser puis éradiquer les inégalités dues à la reproduction sociale et à l'assise du groupe dominant sur la société. L'objectif n'est donc pas tant de reconnaître différents groupes, que d'arriver à la situation où il n'y a plus besoin de reconnaître différents groupes, car chaque individu, de chaque groupe, aura les mêmes chances de poursuivre sa conception du bien¹⁸⁸⁸. Néanmoins, concernant l'action positive, la Commission pointe du doigt le fait que l'un des problèmes principaux est « l'absence de suivi systématique des effets et des résultats »¹⁸⁸⁹. Effectivement, s'il est possible de démontrer que le but visé est la neutralité des conséquences, il est plus difficile de montrer que celle-ci est effectivement atteinte.

574. Par ailleurs, il faut distinguer – au sein des différents modèles – entre ceux mettant en place la neutralité des conséquences et ceux mettant en place la neutralité de résultats, qui résultent d'une logique très différente. La grande majorité des modèles mettant en place des mesures d'action positive – à l'image de l'*affirmative action* américaine – mettent effectivement en œuvre une neutralité des conséquences, car la finalité recherchée est celle de l'égalité d'opportunités. L'objectif ultime est donc bien la neutralité de l'État, même si celle-ci doit passer par une intervention de celui-ci. Dans sa thèse relative au modèle américain de l'*affirmative action*, G. Calvès explique que la notion d'*equal opportunity* est difficilement traduisible (« égalité d'opportunités » ou « opportunités égales »), et voit trois composantes à

¹⁸⁸⁸ Néanmoins, pour certains auteurs, comme G. Calvès, le caractère provisoire des mesures n'est plus vrai aujourd'hui, car la notion de discrimination positive s'est progressivement transformée : « [La discrimination positive] n'est plus définie comme une politique d'intégration, un dispositif transitoire destiné à (re)mettre à niveau des groupes injustement maintenus dans une position d'infériorité relative. Elle n'est plus un moyen voué à s'effacer une fois atteint le résultat désiré ; elle devient une fin ou, à tout le moins, une donnée structurelle de l'organisation politique et sociale. Un nouvel objectif est assigné aux politiques de discrimination positive : garantir, au nom d'un principe de diversité, une "représentation équitable" des groupes minoritaires » (G. CALVES, *La discrimination positive*, op. cit., p. 49). Cette perspective ne va pas nécessairement à l'encontre de la neutralité, car là encore, dès lors que l'État ne marque pas de préférence pour l'un ou l'autre groupe ou conception du bien, le principe de neutralité est respecté.

¹⁸⁸⁹ EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES. (éd.), *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive*, op. cit., p. 7.

cette notion : les opportunités ont un contenu concret ; elles sont nécessairement rattachées à un individu, et la chance doit être réelle. À rebours de ce type de modèle, le système de quota strict mis en place dans le modèle français met en place non pas l'égalité d'opportunité, mais une neutralité de résultat. Par exemple, concernant les politiques relatives à la parité, les quotas réservant aux femmes des places dans le corps politique ne permettent pas d'atteindre une situation où chaque femme aurait la possibilité d'intégrer le corps politique, mais une situation dans laquelle il y a un nombre donné de postes réservés aux femmes. Telle n'est pas la conception de la neutralité comme égalité d'opportunités. En s'attachant aux résultats, et non aux causes, la discrimination positive « à la française » ne vise pas à mettre les femmes dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si elles n'avaient pas été discriminées par le passé, mais à remplir un objectif politique de représentation. En ce sens, S. Wuhl considère que le modèle français de discrimination positive est un « principe d'action » qui ne partage pas « les fondements intellectuels qui caractérisent un principe théorique tel que l'égalité des chances par exemple »¹⁸⁹⁰.

II. Les limites à la neutralité comme *égalité d'opportunités*

575. Par l'instauration de mesures d'accommodement raisonnable ou de discrimination positive, certains États ont mis en œuvre une forme particulière de neutralité des conséquences : la neutralité comme égalité d'opportunités, qui repose sur les théories de la reconnaissance. Cette mise en œuvre active soulève la question des limites à la neutralité comme égalité d'opportunités, qui avait notamment été posée par la Cour suprême du Canada au cours de l'affaire *O'Malley* relative à l'obligation d'accommodement raisonnable :

« Jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse ? À quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepasser-t-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances ? Dans quelle mesure, s'il y a lieu, une personne peut-elle, en pratiquant sa religion, obliger autrui à accomplir un acte ou à accepter une obligation qu'elle n'aurait pas autrement accomplie ou acceptée selon le cas ? [...] Dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées ? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même

¹⁸⁹⁰ S. WUHL, *Discrimination positive et justice sociale*, op. cit., p. 17.

chose de ses camarades de travail et, quant à cela, du public en général ? »¹⁸⁹¹

La mise en œuvre active de la neutralité de l'État est relativement récente et, comme le montre la question posée dans l'affaire *O'Malley*, ses limites sont encore à définir. Néanmoins, au-delà des limites explicitement posées aux mesures de discrimination positive et d'accommodement raisonnable (A), il est possible de dégager également des limites plus implicites à la neutralité active (B).

A) Les limites explicites aux mesures correctrices : le caractère « excessif »

576. Tant les accommodements raisonnables que les mesures de discrimination positive rencontrent une limite explicitement formulée : celle du caractère « excessif » de la mesure. L'accommodement raisonnable n'est pas un droit absolu, car l'aménagement à la règle générale doit, comme son nom l'indique, être *raisonnable*. Les limites au mécanisme sont donc comprises dans son appellation même. Dans le modèle canadien – mais les limites sont similaires dans d'autres modèles¹⁸⁹² – l'accommodement raisonnable cesse d'être obligatoire dès lors qu'il implique une « contrainte excessive ». Il s'agit donc d'une limite explicitement formulée à l'accommodement raisonnable, qui a été dégagée dès l'apparition de la notion¹⁸⁹³. Si le titulaire de l'obligation d'accommodement raisonnable souhaite s'en défaire, il a l'obligation de démontrer qu'un tel accommodement lui causerait une « contrainte excessive »¹⁸⁹⁴. Le rapport Bouchard-Taylor mentionne également trois types de « balises » qui

¹⁸⁹¹ *O'Malley c. Simsons-Sears Limited*, [1985] 2 RCS 536.

¹⁸⁹² Par exemple, aux États-Unis, la limite de la contrainte excessive est issue de l'amendement de 1972. Au regard de la jurisprudence de la Cour suprême, cette limite est néanmoins appréhendée de manière plus extensive que dans la jurisprudence canadienne (E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », art. cit., p. 327 et s.).

¹⁸⁹³ *O'Malley c. Simsons-Sears Limited*, [1985] 2 RCS 536. La Cour donne les trois critères pour caractériser l'atteinte excessive : le critère du coût, celui de l'entrave à l'exploitation de l'entreprise et les droits des co-employés.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, § 28 : « Lorsque l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, est démontrée et que la règle incriminée est raisonnablement liée à l'exercice des fonctions, comme en l'espèce, l'employeur est tenu non pas de la justifier, mais plutôt de démontrer qu'il a pris en vue de s'entendre avec l'employé les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive. Il me semble évident que, dans ce type d'affaire, le fardeau de la preuve doit encore incomber à l'employeur puisque c'est lui qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer l'existence d'une contrainte excessive et que l'employé est rarement, sinon jamais, en mesure d'en démontrer l'absence. Ce fardeau ne sera pas toujours nécessairement lourd. Dans certains cas, cette démonstration n'appellera aucune preuve ; par exemple, l'obligation pour tous les employés de travailler le samedi dans une entreprise qui n'ouvre que le samedi ; mais lorsqu'il y a preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a effet discriminatoire, il incombe encore à l'employeur de

encadrent les demandes d'accommodements, et rappelle que, dans le cadre de la contrainte excessive, les demandes d'accommodements sont limitées par « a) les finalités de l'institution (soigner, éduquer, faire des profits, etc.) ; b) le coût financier et les contraintes fonctionnelles ; [...] c) le droit d'autrui »¹⁸⁹⁵. La Cour a néanmoins précisé, dans un arrêt de 1994¹⁸⁹⁶, que ces critères étaient souples et susceptibles d'évoluer, en précisant qu'ils n'étaient pas « coulés dans le béton »¹⁸⁹⁷. La principale limite des mesures prises pour corriger la neutralité par abstention se trouve dans les droits d'autrui, comme l'a rappelé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *O'Malley* :

« Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. »¹⁸⁹⁸

Par ailleurs, concernant la limite des droits d'autrui, la Cour suprême a considéré, dans l'affaire *Big M Drug Mart*, que « [l]es valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles »¹⁸⁹⁹. Ainsi, le critère des droits d'autrui inclut le critère des « valeurs communes », qui peuvent être prises en compte pour qualifier ou non la contrainte excessive. Ces valeurs communes ne doivent pas être celles de la majorité, mais « celles qui ont passé avec succès l'épreuve de la délibération publique et de la décision politique, [...] qui se trouvent au fondement des institutions et des lois régissant le vivre-ensemble »¹⁹⁰⁰. Cette limite est inhérente au fait que l'interculturalisme évolue sur le terrain *libéral* : ainsi, la société

démontrer qu'il subira une contrainte excessive si on lui demande de prendre plus de mesures d'accommodement qu'il ne l'a fait ».

¹⁸⁹⁵ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, op. cit., p. 163.

¹⁸⁹⁶ Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 RDC 525, p. 546.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.* cité par P. BOSSET, « Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit ? », art. cit., p. 2. L'auteur cite également le juge Wilson qui, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta* du 13 septembre 1990, décrit la nécessaire souplesse de l'appréciation du caractère excessif de la contrainte : « Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce – le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive [...] ».

¹⁸⁹⁸ *O'Malley c. Simons-Sears Limited*, [1985] 2 RCS 536, § 22.

¹⁸⁹⁹ *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 RCS 295, § 123.

¹⁹⁰⁰ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, op. cit., p. 164.

interculturelle ou multiculturelle n'est pas ouverte à ceux qui ne respectent pas les valeurs libérales¹⁹⁰¹. Lorsqu'une demande d'accommodement est accordée, celle-ci respecte toujours les droits de l'Homme. La Cour suprême du Québec refuse fréquemment des demandes d'accommodement allant à l'encontre du principe d'égalité homme-femme. Par ailleurs, dans le cas de témoins de Jéhovah refusant la transfusion sanguine chez leurs enfants, il ne peut y avoir d'accommodement en raison de l'incompatibilité avec le respect du droit à la vie de l'enfant¹⁹⁰². Une récente loi de 2017 encadre les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes¹⁹⁰³. Elle précise que l'accommodement doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il « ne doit imposer aucune contrainte excessive eu égard, entre autres, au respect des droits d'autrui, à la santé ou à la sécurité des personnes, au bon fonctionnement de l'organisme, ainsi qu'aux coûts qui s'y rattachent ». La contrainte excessive limite donc la possibilité d'accommodement raisonnable, ce qui permet notamment le respect des valeurs libérales.

577. Une limite similaire s'applique aux mesures de discrimination positive : la limite de la « préférence excessive ». Le concept de discrimination positive se heurte au principe méritocratique profondément ancré dans les sociétés libérales. La critique méritocratique réunit principalement deux points distincts. Le premier correspond à l'idée qu'en instaurant de telles mesures « préférentielles », les programmes de discrimination défavorisent les individus méritants non-bénéficiaires des mesures : il s'agit par exemple du cas de l'affaire *Bakke*¹⁹⁰⁴, dans laquelle le candidat à un concours d'entrée d'une université aurait été reçu – eût égard à ses bons résultats – en l'absence de places réservées à des membres issus de groupes minoritaires. Le second point correspond à l'argument selon lequel la discrimination positive met ses bénéficiaires dans une position de « victimes »¹⁹⁰⁵ qui relativise leur mérite et leurs compétences. Pour pallier ces difficultés et éviter l'injustice créée par des traitements préférentiels, dans la grande majorité des États mettant en œuvre des programmes de discrimination positive, la « préférence » ne doit pas « excessive »¹⁹⁰⁶. Il s'agit de concilier le principe méritocratique avec le principe de préférence inhérent à la discrimination positive. C'est dans cet esprit que la Cour suprême a interdit les quotas stricts dans l'affaire *Bakke* qui

¹⁹⁰¹ Voir *infra*, § 625 et s.

¹⁹⁰² R c. Children's Aide Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S., p. 315.

¹⁹⁰³ Assemblée nationale, Loi n°62 : « Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes ».

¹⁹⁰⁴ Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

¹⁹⁰⁵ S. WUHL, *Discrimination positive et justice sociale*, op. cit., p. 22.

¹⁹⁰⁶ G. CALVES, *La discrimination positive*, op. cit., p. 35.

soulevait la question de la constitutionnalité des quotas¹⁹⁰⁷. Il s'agissait de reconnaître la constitutionnalité des programmes de discrimination positive en la conciliant avec le principe méritocratique et ainsi, la limitation des conséquences négatives des mesures sur les non-bénéficiaires¹⁹⁰⁸. Le principe méritocratique et les critiques opposées à la discrimination positive ont toutefois fait évoluer la jurisprudence de la Cour suprême dans un sens plus restrictif¹⁹⁰⁹. L'adoption ponctuelle par certains États de mesures *colorblind* dans les années 1990 a montré que celles-ci avaient pour conséquence la chute du nombre d'étudiants appartenant à des minorités ethniques dans les universités. Ainsi, comme le dit D. Sabbagh, « nul n'[est] véritablement disposé à faire face aux conséquences prévisibles d'une politique d'admission strictement *colorblind* » et c'est la raison pour laquelle des dispositifs équivalents ont été créés dans un certain nombre d'universités¹⁹¹⁰, la *colorblindness* de ceux-ci n'était alors qu'« apparente »¹⁹¹¹. Depuis la jurisprudence *Bakke*, la constitutionnalité des mesures de discrimination positive dépendait de différents facteurs – notamment les modalités des mécanismes et le but poursuivi par ceux-ci – qui ont progressivement été durci par la Cour suprême, dans un contexte d'abandon généralisé de ces mécanismes de discrimination positive au profit de mesures plus indirectes. Toutefois, la jurisprudence relative à la discrimination positive évolue constamment : ces dernières années, la Cour suprême a validé un programme de discrimination positive prenant *explicitement* en compte la « race »¹⁹¹².

¹⁹⁰⁷ R. DWORKIN, « Qu'a-t-on véritablement décidé dans le procès Bakke ? », in *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 380-393.

¹⁹⁰⁸ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, op. cit., pp. 35-36. G. Calvès identifie ce type de limite également dans d'autres modèles, comme le modèle indien, dans lequel le juge a également limité le nombre de places réservées aux membres de groupes minoritaires dans l'arrêt *Devadasan* de 1963, ou encore dans la jurisprudence de la CJUE qui indique que la préférence ne doit être ni inconditionnelle ni automatique.

¹⁹⁰⁹ L'arrêt *City of Richmond c/ J. A. Croson co.* (488 U.S. 469(1989)) marque le début de l'encadrement des mesures de discrimination positive par la Cour suprême, en particulier à l'encontre des programmes rigides.

¹⁹¹⁰ D. SABBAGH, « Discrimination positive et déségrégation : les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, 2004, vol. 53, n° 1, p. 95. L'auteur évoque différents dispositifs – qu'il qualifie de « subterfuges » – visant à augmenter le nombre d'élèves issus de minorités dans les universités prestigieuses sans mentionner explicitement la race, par exemple avec des mécanismes prenant en compte des critères socio-économiques ou géographiques.

¹⁹¹¹ *Ibid.*, p. 96. Sur ce point : D. SABBAGH, « Les mutations contemporaines de l'affirmative action », *Politique américaine*, 2010, vol. 16, n° 1, pp. 11-24 ; D. SABBAGH, « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" dans les filières d'élite de l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *Revue internationale de politique comparée*, 2016, vol. 23, n° 1, pp. 85-112 ; D. SABBAGH, « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie (1995-2008) », *Sociétés contemporaines*, 2010, vol. 79, n° 3, pp. 41-67.

¹⁹¹² *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. 365 (2016).

B) Les limites implicites aux mesures correctrices

578. D'autres limites, plus implicites, se trouvent dans la place particulière des croyances et pratiques religieuses, et dans la problématique des goûts onéreux.

1. La place particulière des croyances et pratiques religieuses

579. L'idéal de neutralité de l'État suppose une égalité de traitement entre les croyances¹⁹¹³ religieuses et non-religieuses. Or, les croyances religieuses ont – dans la réalité des régimes contemporains – un statut particulier, une protection plus importante que d'autres croyances. La spécificité des croyances religieuses est en grande partie liée à l'histoire : les théories de la tolérance et le principe de neutralité libérale découlent à l'origine des conflits religieux¹⁹¹⁴. Dans la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables, les croyances religieuses sont particulièrement présentes, et impliquent la plupart du temps une obligation d'accommodement. Plus encore, ce sont bien les croyances religieuses qui sont à l'origine de l'obligation d'accommodement : c'est sur le fondement de la liberté de religion que la Cour suprême du Canada a créé l'obligation d'accommodement¹⁹¹⁵. Dès l'origine, il y eut donc un « lien intime »¹⁹¹⁶ entre la liberté religieuse et la notion d'accommodement raisonnable. Outre cette importance originelle des croyances religieuses, celles-ci sont interprétées largement par la Cour suprême du Canada. En effet, dans l'arrêt *Amselem*¹⁹¹⁷, la Cour a reconnu une acception particulièrement large de la liberté religieuse dans le cadre de demande d'accommodement : dans un tel cas, le tribunal doit uniquement « s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice »¹⁹¹⁸, car sinon « il ne faudrait rien de moins qu'une inquisition religieuse pour parvenir à découvrir les convictions les plus intimes des êtres humains »¹⁹¹⁹. Pour cette raison, « [l]'enquête sur la sincérité des croyances doit être limitée le plus possible »¹⁹²⁰. L'appréciation par le juge de la sincérité de la croyance est donc particulièrement souple. De même, la Cour précise que « les croyances religieuses sont fluides et rarement statiques », ce qui implique, dans l'examen de la sincérité de la croyance, que le tribunal ne doit pas se focaliser sur les

¹⁹¹³ Le terme « croyances » englobe ici les croyances ainsi que les pratiques religieuses.

¹⁹¹⁴ Voir *supra*, § 76 et s.

¹⁹¹⁵ *O'Malley c. Simsons-Sears Limited*, [1985] 2 RCS 536.

¹⁹¹⁶ P. BOSSET, « Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit ? », art. cit., note de bas de page n°13.

¹⁹¹⁷ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 RCS 551.

¹⁹¹⁸ *Ibid.*, § 52.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*

¹⁹²⁰ *Ibid.*

croyances et pratiques antérieures de la personne, « mais plutôt à ses croyances au moment de la prétendue atteinte à la liberté de religion »¹⁹²¹. Les croyances religieuses sont ainsi interprétées de manière subjective par les tribunaux, ce qui a pour conséquence une protection très large des croyances religieuses, justifiée par le fait que les tribunaux ne doivent pas devenir des interprètes des doctrines religieuses¹⁹²². La place spécifique qu'occupent les religions dans les sociétés contemporaines, place qui témoigne d'un paradoxe ainsi formulé par la politologue C. Laborde :

« Comment, et en vertu de quoi, protégeons-nous la liberté de religion à un moment historique où le religieux n'est pas spécifique, ou central ? Le fait d'accorder une protection spéciale à la liberté de religion n'est-il pas en contradiction avec l'idéal de neutralité entre modes de vie, religieux et non religieux, dans le contexte du pluralisme ? »¹⁹²³

580. Accorder une place particulière aux croyances religieuses reviendrait à considérer qu'il existe des conceptions supérieures du bien¹⁹²⁴ dont feraient partie les croyances religieuses. La neutralité de l'État rencontre une limite dans ce traitement différent car l'État ne doit pas favoriser ou défavoriser une conception du bien particulière, y compris les conceptions religieuses du bien. Dans leur ouvrage *Laïcité et liberté de conscience*, J. MacLure et C. Taylor défendent une application généralisée des mesures d'accommodements raisonnables au-delà de la sphère religieuse. La religion ne doit pas, selon eux, avoir un statut à part ; la liberté religieuse doit être vue comme une sous-catégorie de la liberté de conscience¹⁹²⁵, et, de fait, il n'y a pas lieu d'accorder un respect différent aux convictions de consciences religieuses et séculières. Ils citent l'exemple de l'exemption de service militaire en vertu de l'objection de conscience : un pacifiste peut se prévaloir du statut d'objecteur de conscience et être dispensé du port d'armes,

¹⁹²¹ *Ibid.*

¹⁹²² Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 RCS 551 : « [L]a liberté de religion garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (et la *Charte canadienne des droits et libertés*) s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. Cette interprétation est compatible avec une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion. Par conséquent, le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir ».

¹⁹²³ C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier », in *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés - Canada, Europe, Belgique*, Études canadiennes, n° 29, Bruxelles, Peter Lang, 2015, p. 29.

¹⁹²⁴ C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier », art. cit., pp. 29-30 : Pour l'auteur, il faut considérer que la religion est « l'une des voies par lesquelles les individus cherchent le bien pour eux-mêmes », mais elle ne peut être, à l'époque contemporaine, « une conception supérieure du bien ».

¹⁹²⁵ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 114.

car son « refus de recourir à la violence est intimement lié à son autocompréhension en tant qu'agent moral »¹⁹²⁶. En effet, des convictions non-confessionnelles peuvent naturellement être gênées ou empêchées par des règles générales ; par exemple, l'imposition d'un menu unique dans les cantines scolaires ou pénitentiaires porte atteinte aussi bien aux croyants dont la religion interdit de manger du porc qu'aux adeptes du véganisme ou aux antispécistes. D'où la volonté de la Cour d'étendre l'obligation, en considérant que d'autres discriminations peuvent ouvrir le droit à l'accommodement. De même, le rapport Bouchard-Taylor met en évidence la contradiction qui résulte d'une telle distinction entre croyances religieuses et non-religieuses, distinction portant atteinte à la neutralité de l'État :

« La liberté de religion ne pouvant être dissociée de la liberté de conscience, l'interdiction des accommodements religieux créerait des problèmes de droit inextricables. Considérons, par exemple, le cas suivant : un établissement pénitentiaire offre un menu à base de viande. Deux prisonniers demandent un menu végétarien, l'un au nom de la religion hindoue, l'autre (qui est athée) parce qu'il juge immoral de tuer les animaux pour se nourrir. Devrait-on refuser la première demande, sous prétexte qu'elle est motivée par la religion, et accepter la seconde parce qu'elle n'est pas d'ordre religieux ? »¹⁹²⁷

La Commission Bouchard-Taylor a ainsi refusé la proposition d'une loi interdisant les accommodements raisonnables en matière de religion. Toutefois, la loi de 2017 opère clairement une distinction, car elle ne concerne que les accommodements raisonnables pour motifs religieux¹⁹²⁸.

581. La difficulté de la neutralité à l'« âge séculier » est « d'identifier, parmi les conceptions non-religieuses, celles qui méritent d'être traitées sur le même plan que les conceptions religieuses », ce qui revient à prendre parti et donc à ne pas respecter la neutralité de l'État¹⁹²⁹. De même, il revient à l'État d'identifier ce qui relève ou non de la religion¹⁹³⁰. Par

¹⁹²⁶ *Ibid.*

¹⁹²⁷ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé, op. cit.*, p. 50.

¹⁹²⁸ R-26.2.01 - Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes.

¹⁹²⁹ C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier », art. cit., p. 31.

¹⁹³⁰ Outre le cas des accommodements raisonnables, déterminer ce qui relève ou non de la religion semble, dans la plupart des pays, quelque peu arbitraire. Dans l'arrêt *Bowen c. Roy* de 1986, la Cour suprême des États-Unis a reconnu comme religieuse « l'opinion de personnes qui pensaient que le fait pour l'administration d'utiliser le numéro d'assurance sociale de leurs enfants risquait de nuire à l'esprit ou à l'âme de ceux-ci, bien qu'une telle croyance ne semblait être partagée par aucun groupe religieux organisés » (J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *op. cit.*, p. 391). Dans le sens inverse, la Commission aux associations d'Angleterre et du pays de Galles a jugé que le jédisme, qui se reconnaît comme un mouvement religieux non théiste organisé, n'était pas un mouvement religieux, bien que

ailleurs, comme le relève J. Woehrling, la difficulté des convictions morales est que celles-ci sont plus difficiles à prouver que les croyances religieuses, car elles « sont plus souvent individuelles que les croyances religieuses – lesquelles sont généralement le fait d’une collectivité »¹⁹³¹.

582. La hiérarchisation des conceptions du bien ne peut pas, dans des sociétés portées par un idéal de neutralité toujours plus poussé, être justifiée. Une telle distinction n’est plus adaptée aux sociétés contemporaines, mais subsiste encore malgré l’approfondissement de la neutralité de l’État observé dans la plupart des États libéraux.

2. La problématique des goûts onéreux

583. La neutralité de l’État exige que chaque individu puisse librement poursuivre la conception du bien et le mode de vie qu’il a choisi, et que tous soient traités de manière identique, c’est-à-dire que chaque individu puisse, de la même manière que les autres, bénéficier d’un cadre lui permettant de vivre selon ses croyances profondes. Dans la philosophie politique, cela soulève la problématique des « goûts dispendieux » ou « goûts onéreux ». Si l’État voulait être totalement neutre, il faudrait en réalité que « la part attribuée à chacun soit la même, de sorte que le choix entre les goûts onéreux et les goûts bon marché puisse être opéré par tout un chacun, sans que personne ne puisse penser qu’un choix plus onéreux augmenterait sa part ou qu’il subventionnerait ainsi les choix plus onéreux que feraient d’autres personnes »¹⁹³². Or, chez les défenseurs de la neutralité, la neutralité de l’État ne saurait s’étendre aux goûts dispendieux¹⁹³³. Cela signifie que l’État n’a pas – malgré l’exigence de neutralité – à dédommager les individus qui ont des « préférences personnelles coûteuses ou contraignantes »¹⁹³⁴. Or, les goûts et les modes de vie entrent dans la définition des conceptions du bien au sens large, car le terme fait référence aux réponses individuelles que chaque personne donne sur la question de comment la vie doit être vécue, et n’implique pas nécessairement que ces conceptions soient adoptées avec la même conscience¹⁹³⁵. Le refus d’étendre l’exigence de

celui-ci regroupe plus de 500000 croyants à travers le monde (Charity commission for England and Wales, The temple of the jedi order, Application for registration, decision of the commission, 16 December 2016).

¹⁹³¹ J. WOEHRLING, « L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse », art. cit., p. 384.

¹⁹³² R. DWORKIN, « Le libéralisme », in *Une question de principe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 241.

¹⁹³³ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Points, Paris, Éditions du Seuil, 2009 ; R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit.; W. KYMLICKA, « Liberal Individualism and Liberal Neutrality », *Ethics*, juillet 1989, vol. 99, n° 4, pp. 883-905.

¹⁹³⁴ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 91.

¹⁹³⁵ R. DWORKIN, « Le libéralisme », art. cit., p. 239.

neutralité aux goûts onéreux est justifié par la responsabilité individuelle, car les individus ont toujours la possibilité d'ajuster leurs préférences personnelles. Néanmoins, ce principe rencontre une exception dans le cas de goûts onéreux qui ne sont pas de la responsabilité de l'individu, par exemple du fait d'un handicap. Parce qu'ils n'entrent pas dans le champ de la responsabilité individuelle, la neutralité de l'État ne s'y arrête pas.

584. Si la question du choix et de la responsabilité individuelle peut effectivement paraître être une limite envisageable à la neutralité, elle pose la question de savoir ce qui relève du choix des individus. C'est de la réponse à cette question que découle la ligne de séparation entre les opportunités concernées par la neutralité des conséquences et celles qui doivent être exclues. Cette question se pose notamment pour les croyances religieuses, et a été notamment soulevée par le rapport Bouchard-Taylor, qui souligne la difficulté de distinguer entre ce qui est choisi et non choisi, et les conséquences d'une telle distinction :

« Cette distinction, bien que convaincante en apparence, minimise le fait que certains “choix religieux” sont vécus dans la réalité comme non facultatifs. Porter atteinte à ces choix de conscience reviendrait à brimer l'intégrité morale de la personne. Ce serait rabaisser des choix émanant de convictions profondes au rang de simples désirs ou caprices. Ne plus établir de distinction entre les caprices et les convictions profondes (qu'elles soient de nature religieuse ou séculière) équivaldrait à renoncer à l'un des acquis les plus précieux de notre civilisation. »¹⁹³⁶

Le rapport Bouchard-Taylor, en continuité de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables, appréhende les croyances religieuses comme des croyances profondes qui ne peuvent être assimilées à un choix de vie. Dans le même sens, pour B. Parekh, il n'y a pas de différences fondamentales entre les discriminations dues à une caractéristique non choisie, comme le handicap ou la couleur de peau par exemple, et une croyance religieuse. Toutes ces situations doivent être traitées de la même manière par l'État, car elles ne relèvent pas d'un simple choix¹⁹³⁷. Or, il relève que le juge considérait parfois les obligations religieuses comme relevant d'un simple choix. Il donne l'exemple d'une loi votée par le Parlement

¹⁹³⁶ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé, op. cit.*, p. 51.

¹⁹³⁷ B. PAREKH, « Equality in a multicultural society », *Citizenship Studies*, novembre 1998, vol. 2, n° 3, p. 409 : « Un Sikh est, en principe, libre d'envoyer son fils dans une école qui lui interdit de porter un turban, mais, dans la pratique, l'école lui est fermée. Exiger du juif orthodoxe qu'il renonce à sa kippa, ou des femmes hindoues ou musulmanes qu'elles portent des jupes, afin de pouvoir prétendre à certains types d'emplois, revient à leur fermer ces voies d'accès à l'emploi. L'incapacité dont il est question ici est de nature culturelle, et, étant donné que dans certains cas elle est liée au sens de l'identité de l'individu, elle a parfois la même force qu'un handicap physique » (traduction libre).

britannique en 1972, qui imposait à tous les motocyclistes de conduire avec un casque¹⁹³⁸. Les Sikhs ont fait campagne contre la loi, du fait que cette règle leur empêchait de porter leur *dastar*¹⁹³⁹. B. Parekh explique que dans la vision du juge, si la personne ne voulait pas porter de casque, elle ne devrait pas faire de la moto, car la loi ne l'obligeait à en faire, ni d'ailleurs à porter un casque sans en faire : la loi obligeait simplement chaque motocycliste à porter un casque lorsqu'il faisait de la moto. Les Sikhs eurent gain de cause : la loi fut amendée en 1976 et exemptait les individus de confession Sikh de porter un casque. Le raisonnement fait par le juge dans l'exemple rapporté par B. Parekh est révélateur d'une vision opposée au sujet des croyances religieuses, selon laquelle celles-ci doivent être considérées comme relevant de la responsabilité de l'individu et donc exclues de la neutralité¹⁹⁴⁰. La question du choix pose donc un certain nombre de difficultés lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui relève ou non d'un choix de l'individu, comme le montre l'exemple des croyances religieuses, parfois assimilée à des goûts onéreux.

585. Conclusion de section. Dans la plupart des États libéraux contemporains, sont apparues des mesures visant à mettre en place une forme particulière de neutralité des conséquences : la neutralité comme égalité d'opportunités. Cette forme particulière de la neutralité de l'État est apparue en raison de la mise en lumière des failles de l'universalisme. Ces mesures visent à rétablir une égalité d'opportunités entre tous les individus et tous les groupes par l'intervention de l'État, et témoigne ainsi d'une mutation de la mise en œuvre de la neutralité d'une mise en œuvre passive à une mise en œuvre active. L'apparition de la neutralité comme égalité d'opportunités est une conséquence des critiques de l'universalisme qui ont mis en lumière les failles de la neutralité par abstention. L'intervention de l'État vise alors à corriger le cadre du Juste. La neutralité comme indifférence disparaît, car l'État libéral, de plus en plus, prend en compte les différences. La finalité de ces mesures – celle de permettre

¹⁹³⁸ *Ibid.*, pp. 400-401.

¹⁹³⁹ Turban porté par des hommes de confession Sikh.

¹⁹⁴⁰ C'est notamment l'opinion de B. Barry, qui défend l'idée que les croyances et pratiques religieuses relèvent d'un choix individuel, libre et volontaire. Selon lui, les croyances religieuses ne peuvent donc pas être traitées de la même manière qu'un handicap (B. BARRY, *Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2002, pp. 36-37 : « La situation de quelqu'un qui est incapable de conduire une voiture en raison d'un handicap physique est totalement différente de celle de quelqu'un qui est incapable de conduire une voiture parce que cela serait contraire aux principes de sa religion. Suggérer qu'ils sont dans la même situation est offensant pour les deux parties. Une personne qui a besoin d'un fauteuil roulant pour se déplacer aura tout à fait raison de ne pas apprécier la suggestion selon laquelle ce besoin devrait être assimilé à un goût dispendieux. Et quelqu'un qui embrasse librement une croyance religieuse qui interdit certaines activités refusera à juste titre l'imputation selon laquelle cela doit être considéré comme analogue à la charge indésirable d'un handicap physique. ») (traduction libre).

à chaque individu de poursuivre son mode de vie et ses croyances de la même manière que les autres – montre que l’idéal libéral de neutralité de l’État est toujours bien présent. Le lien entre l’égalité et la neutralité, présent dès les premières conceptualisations du principe de neutralité, est au cœur des mesures correctrices : la neutralité ayant pour objectif de permettre l’égalité, il ne peut y avoir de neutralité de l’État si certaines conceptions du bien sont favorisées par l’État. Ainsi, malgré l’intervention de l’État et l’atteinte portée par celle-ci à la séparation entre l’État et la société civile, il n’y a pas d’opposition fondamentale entre ce type de politiques et l’idéal de neutralité de l’État, car celui-ci implique uniquement que l’État ne privilégie aucune conception du bien au profit d’autres dans ses actions. Au contraire, en renforçant l’objectif d’égalité, ces mesures correctrices correspondent à un approfondissement de l’idéal de neutralité. L’apparition de mesures visant explicitement à mettre en place la neutralité des conséquences, nécessitant la reconnaissance des différences et rompant ainsi avec la mise en œuvre passive de la neutralité et avec l’universalisme abstrait, témoigne d’une profonde mutation du principe de neutralité de l’État, inhérent au caractère prescriptif de cet idéal. Les nouvelles dynamiques relatives à la neutralité ont profondément modifié le concept, tant dans sa mise en œuvre que dans son objet.

SECTION 2. LA MUTATION DE L'OBJET DU PRINCIPE DE NEUTRALITE : LA NEUTRALITE VIS-A-VIS DES *IDENTITES*

586. Avec l'apparition de la neutralité des conséquences, le concept de neutralité a d'abord muté dans sa mise en œuvre. Il y désormais une distorsion entre la théorie de la neutralité – qui défendait l'idée d'une mise en œuvre *passive* de la neutralité – et la pratique des États libéraux, dont les politiques publiques organisent une mise en œuvre *active* de celle-ci. La mise en place de mesures visant l'égalité d'opportunités coïncide avec la percée des théories multiculturalistes revendiquant à un droit à la différence. Or, la mutation de la mise en œuvre, qui inclut désormais l'intervention de l'État, est liée à la seconde mutation du concept de neutralité, relative à son objet. Avec l'évolution de l'État moderne et de la société, en particulier avec l'individualisme croissant qui caractérise les sociétés contemporaines, l'objet de la neutralité a évolué. En effet, l'extension de la neutralité à la sphère culturelle a mené à une mutation de l'objet de la neutralité vers les identités (§1), due à l'évolution du rôle de l'État dans la mise en œuvre de la neutralité (§2).

§1. De la neutralité culturelle à la neutralité vis-à-vis des identités

587. L'objet de la neutralité s'est progressivement étendu à la sphère culturelle, faisant alors apparaître une neutralité culturelle (I), qui vise, en dernier ressort, la protection des identités culturelles (II).

I. L'émergence d'une neutralité culturelle

588. Dans les sciences sociales, la culture « est nécessaire en quelque sorte pour penser l'unité de l'humanité dans la diversité autrement qu'en termes biologiques »¹⁹⁴¹. Au sens large, la notion de culture « renvoie aux modes de vie et de pensée »¹⁹⁴². La Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle, adoptée le 16 novembre 2001, souligne que la culture

¹⁹⁴¹ D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit., p. 5.

¹⁹⁴² *Ibid.*, p. 6.

« prend des formes diverses à travers le temps et l'espace »¹⁹⁴³. Elle la définit, dans son préambule, comme « l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social », et indique qu'elle englobe « outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances »¹⁹⁴⁴. À l'aune de ces définitions, il apparaît que la notion de culture peut être appréhendée de manière large, englobant alors les us, coutumes, modes de vie et les « traits distinctifs spirituels et matériels »¹⁹⁴⁵. Par ailleurs, la culture, au sens large, englobe la religion. Si le monde moderne se caractérise par la sortie de la religion¹⁹⁴⁶, celle-ci conserve une dimension importante en raison de son influence sur les cultures, mêmes séculières. Les croyances et pratiques religieuses sont des traits distinctifs majeurs dans la plupart des cultures. Au-delà de la religion et des modes de vie, la culture englobe également la langue, celle-ci étant l'expression d'une culture particulière. Le langage peut être considéré à la fois comme « un *produit* de la culture », comme « une *partie* de la culture » – c'est-à-dire l'un de ses éléments – ou encore comme « *condition* de la culture, et à un double titre : diachronique, puisque c'est surtout au moyen du langage que l'individu acquiert la culture de son groupe ; [...] [et] à un point de vue plus théorique, le langage apparaît aussi comme condition de la culture, dans la mesure où cette dernière possède une architecture similaire à celle du langage »¹⁹⁴⁷.

589. La notion de culture recoupe donc différentes composantes. Or, dans une grande partie des États libéraux, de plus en plus de normes reconnaissent des droits « culturels » permettant à chaque individu de vivre en accord avec sa culture et tout ce que celle-ci englobe, comme la langue, la religion, l'ethnie ou encore la sexualité¹⁹⁴⁸. Les droits culturels peuvent être définis comme « les droits d'une personne, seule ou en groupe, d'exercer librement des activités culturelles pour vivre son processus, jamais achevé, d'identification »¹⁹⁴⁹. Ils doivent être compris « comme des droits de l'individu à posséder et à développer, éventuellement en commun avec d'autres au sein d'un groupe défini par des valeurs et des traditions partagées, sa propre vie culturelle, correspondant à une identité culturelle distincte de celle d'autres individus

¹⁹⁴³ Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle, Article 1^{er}.

¹⁹⁴⁴ Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle, Préambule.

¹⁹⁴⁵ Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle, Préambule.

¹⁹⁴⁶ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, op. cit.

¹⁹⁴⁷ C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1990, pp. 78-79, cité par D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit., p. 47.

¹⁹⁴⁸ S. VIBERT, « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », art. cit., p. 16 ; *ibid.*, p. 21.

¹⁹⁴⁹ P. MEYER-BISCH, « Les droits culturels », *L'Observatoire*, 2008, vol. 33, n° 1, p. 9.

ou d'autres groupes »¹⁹⁵⁰. Ils peuvent donc être appréhendés comme des droits collectifs ou comme des droits individuels. La reconnaissance de droits culturels répond à des demandes de reconnaissance de la part de minorités.

590. La reconnaissance de droits culturels s'est d'abord traduite dans différents traités internationaux. Par exemple, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 stipule que « dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ». Cet article remet ainsi en cause le modèle d'assimilation des minorités à la culture majoritaire. Dans le même sens, le premier alinéa de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée en 1992 par l'assemblée générale des Nations-Unies, dispose que les États « protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité ». L'article 2 dispose quant à lui que « [l]es personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques religieuses et linguistiques [...] ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ou discrimination quelconque ». La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires de 1992 s'inscrit également dans cette volonté de respecter les droits culturels en permettant aux individus et aux groupes de vivre en accord avec leur culture en parlant leur propre langue, celle-ci étant une part importante de la culture. Ce sont en particulier la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005 ainsi que la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2011 qui témoignent de la percée des droits culturels et du « grand virage politique du début de ce siècle »¹⁹⁵¹. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a quant à elle consacré l'existence d'un « droit à la culture » dans l'affaire *Massacres de Río Negro c. Guatemala* de 2012¹⁹⁵². À l'échelle étatique, les droits culturels correspondent par exemple à ceux reconnus aux peuples autochtones dans la Constitution canadienne ou dans les constitutions latino-américaines¹⁹⁵³. L'apparition de ces nouveaux droits dans le droit international des minorités

¹⁹⁵⁰ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 261.

¹⁹⁵¹ P. MEYER-BISCH, « Les droits culturels », art. cit., p. 9.

¹⁹⁵² M. ROTA, « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2011-2012) », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, décembre 2014, n° 12, p. 162.

¹⁹⁵³ Voir *infra*, § 680 et s.

au début du XXI^e siècle témoigne d'un nouveau paradigme, « celui de la reconnaissance d'un droit à l'identité particulariste et culturelle »¹⁹⁵⁴. Les droits culturels se fondent sur un postulat spécifique selon lequel la diversité culturelle doit être valorisée et ne constitue pas un frein à la Modernité, mais au contraire, constitue l'une de ses conditions¹⁹⁵⁵. Parce qu'ils ont pour objectif de protéger les croyances, les modes de vie, la langue ou encore les traditions d'individus ou de groupes, ils s'inscrivent dans le champ de l'idéal de neutralité de l'État.

591. Les droits culturels peuvent être vus comme l'apparition d'une neutralité *culturelle*, qui correspondrait donc à une mutation de l'objet de la neutralité. Ils reposent sur une acception large de la culture, laquelle englobe alors tant la religion que la langue, les coutumes, les modes de vie, les valeurs, et l'art. La notion de « culture » ne coïncide donc pas à celle de « conception du bien », laquelle est rattachée à l'individu et se définit comme « ses objectifs de vie, les buts et les valeurs qui guident par exemple son choix de carrière, ses goûts et préférences ; [...] un plan de vie ou une stratégie de vie qu'une personne utilise comme base pour réfléchir sur les décisions les plus importantes et pour classer ce qui relève de ses plaisirs ou des revers »¹⁹⁵⁶. Les conceptions du bien sont plus ou moins importantes aux yeux des individus qui les adoptent, et sont toujours dirigés vers l'avenir¹⁹⁵⁷. Elles correspondent à ce qui donne de la valeur à la vie pour les individus. La culture, quant à elle n'est pas rattachée uniquement à l'individu, mais à un groupe ou à une société. Ainsi, la neutralité culturelle – par le biais des droits culturels – vise à la fois à protéger les individus mais aussi les groupes.

592. La reconnaissance de la diversité à travers l'apparition de droits culturels correspond à une mutation de l'objet de la neutralité. En effet, les demandes de reconnaissance de droits culturels témoignent d'une nécessité pour certains individus ou certains groupes de pouvoir vivre conformément à leur culture. Selon les défenseurs du multiculturalisme, le fait pour chaque individu de poursuivre sa propre conception du bien est nécessairement influencé par sa culture : dès lors, l'apparition d'une neutralité *culturelle* permet de pallier l'hégémonie de la culture occidentale niant l'égalité à certaines conceptions du bien. Ce modèle vise alors à compléter – en vue de corriger – la neutralité de l'État vis-à-vis du Bien. L'objectif de la reconnaissance de droits culturels est ainsi d'assurer concrètement la neutralité de l'État afin que chaque individu – qu'il fasse partie ou non d'un groupe – puisse vivre en accord avec sa

¹⁹⁵⁴ B. MELKEVIK, « Le droit à une identité culturelle : réflexions sur le nouveau droit international », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, p. 277.

¹⁹⁵⁵ P. MEYER-BISCH, « Les droits culturels », art. cit., p. 9.

¹⁹⁵⁶ J. WALDRON, « Legislation and moral neutrality », art. cit., p. 76 (traduction libre).

¹⁹⁵⁷ Voir *supra*, § 124 et s.

culture. L'idée sous-jacente est que la reconnaissance de ces droits a pour conséquence que l'État soit réellement neutre en permettant la dissociation entre l'État et la culture hégémonique de sorte que toutes les cultures – s'inscrivant dans le cadre libéral des droits de l'Homme¹⁹⁵⁸ – soient traitées de la même manière par l'État. L'objectif est alors que les individus ou les groupes ne se trouvent pas défavorisés par l'imposition ou la domination d'une culture hégémonique représentée par l'État. En ce sens, les droits culturels visent la neutralité culturelle de l'État.

593. Ainsi, la reconnaissance de droits culturels a pour conséquence une mutation de l'objet de la neutralité en consacrant l'existence d'une neutralité *culturelle*, distincte de la neutralité vis-à-vis des conceptions du bien. Ce nouvel objet de la neutralité, plus large que les conceptions du bien, a mené à l'expression de « démocratie culturelle », qui correspond à une démocratie dans laquelle le principe de neutralité culturelle de l'État est appliqué¹⁹⁵⁹. La démocratie culturelle se définit comme « un projet politique qui, partant de la diversité culturelle de plus en plus marquée dans les sociétés [...], cherche à donner à chaque individu et groupe les moyens d'accéder à un véritable épanouissement culturel » ; son apparition est « liée aux mouvements de résurgence des cultures minoritaires régionales et nationales de certains pays [...] ayant vécu un processus unificateur et centralisateur contraire au droit à l'identité »¹⁹⁶⁰. La démocratie culturelle s'opère donc par la reconnaissance de droits culturels¹⁹⁶¹. Dans ce contexte, la diversité culturelle n'est pas considérée comme un obstacle à la neutralité de l'État, mais, au contraire, sa préservation la renforce : elle en est sa condition. La démocratie culturelle est en effet « un régime qui respecte et tente continuellement de restaurer la vie de ces communautés culturelles sans parcelliser le tissu social, mais au contraire en le nouant de façon plus serrée, grâce à l'interaction des différences et au contrôle mutuel »¹⁹⁶² : elle ainsi « au service de la véritable universalité, celle qui traverse la pluralité »¹⁹⁶³. L'État doit alors permettre à chaque individu et à chaque groupe de vivre selon sa culture, sans en favoriser ou en défavoriser l'une ou plusieurs d'entre elle(s). Pour P. Meyer-Bisch, les droits culturels « introduisent une notion plus ample de l'égalité »¹⁹⁶⁴. Ils sont

¹⁹⁵⁸ Voir *infra*, § 637 et s.

¹⁹⁵⁹ P. MEYER-BISCH, « La notion de démocratisation au regard des droits culturels », *Hermès, La Revue*, 1996, vol. 19, n° 1, pp. 241-264.

¹⁹⁶⁰ N. ROULAND, « Le droit français devient-il multiculturel ? », art. cit., p. 525.

¹⁹⁶¹ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., pp. 283-284.

¹⁹⁶² P. MEYER-BISCH, « La notion de démocratisation au regard des droits culturels », art. cit., p. 258.

¹⁹⁶³ *Ibid.*

¹⁹⁶⁴ P. MEYER-BISCH, « Les droits culturels, facteurs du lien politique », in *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, p. 453.

essentiels au développement des droits l'homme du fait de l'insuffisance des droits civils et politiques¹⁹⁶⁵. L'importance croissante accordée à la reconnaissance des minorités a pour conséquence de faire de la culture le principal objet de la neutralité, par le biais d'individus ou de groupes. L'apparition de droits culturels a donc eu pour conséquence une mutation de l'objet de la neutralité. Toutefois, il apparaît que la neutralité culturelle vise, en dernier ressort, à protéger l'*identité* culturelle.

II. La neutralité culturelle : une protection de l'identité culturelle

594. Si les politiques de reconnaissance ont mené à l'apparition d'une neutralité *culturelle*, témoignant par-là de la place croissante de la préservation et de la valorisation de la diversité culturelle dans les sociétés contemporaines, celle-ci ne vise pas seulement à protéger les cultures en tant que telles, mais, plus spécifiquement, l'*identité* culturelle des individus. L'identité culturelle peut renvoyer « au groupe originel d'appartenance de l'individu »¹⁹⁶⁶. Dans cette conception, « l'identité apparaît comme une essence qui n'est pas susceptible d'évoluer et sur laquelle l'individu ou le groupe n'a aucune prise »¹⁹⁶⁷. Les notions de culture et d'identité « ont en grande partie un destin lié », bien qu'elles ne puissent être « confondues purement et simplement »¹⁹⁶⁸. L'apparition de la neutralité culturelle, notamment à travers la reconnaissance de droits culturels, correspond en réalité à une volonté de l'État d'être neutre, non seulement par rapport aux cultures, mais surtout par rapport aux *identités particulières*. Les critiques de l'universalisme ciblaient en effet l'idée que celui-ci ne permette pas l'épanouissement des identités en raison du « moule homogène inadapté » qui « entraînerait la négation des identités particulières »¹⁹⁶⁹. Il apparaît alors que la mutation de l'objet de neutralité observée dans la pratique, par la prise en compte croissante des minorités dans une perspective égalitaire, a abouti, en définitive, à la neutralité vis-à-vis des identités : le principe de neutralité se fonde sur la nécessité pour l'État de permettre, dans le cadre du Juste, à chaque individu de vivre en accord son identité. En ce sens, l'apparition de la neutralité culturelle renverrait, en dernier ressort, à une neutralité vis-à-vis des identités.

¹⁹⁶⁵ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 257 et s.

¹⁹⁶⁶ D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit., p. 98.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 99.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 97.

¹⁹⁶⁹ J.-C. POIZAT, « Identités et droits culturels : le libéralisme en question », *Le Philosophoire*, 2002, vol. 1, n° 16, p. 41.

595. En effet, s'ils permettent la neutralité culturelle, il apparaît que les droits culturels permettent avant tout la neutralité vis-à-vis de l'*identité culturelle*, la culture étant « devenue une ressource individuelle afin de se “réaliser soi-même” »¹⁹⁷⁰. Pour D. Lochak, « le concept de culture s'est [...] élargi pour englober celui d'“identité” »¹⁹⁷¹. Les droits culturels « désignent les droits, libertés et responsabilités pour une personne, seule ou en groupe, avec et pour autrui, *de choisir et d'exprimer son identité*, et d'accéder aux références culturelles, comme à autant de ressources nécessaires à son processus d'identification »¹⁹⁷². Ces droits ne sont donc pas nécessairement collectifs¹⁹⁷³, car, même lorsqu'ils concernent les groupes, ils visent à protéger les identités ; le groupe permet de faire le lien entre l'État et les individus¹⁹⁷⁴. Le « groupe » est lié à la notion d'identité, même individuelle, car l'appartenance à un groupe participe à l'identité¹⁹⁷⁵. La reconnaissance de droits culturels, qu'ils soient individuels ou collectifs, a avant tout vocation à protéger les *identités*, comme en témoigne l'observation générale n°23 du Comité des droits de l'homme au sujet de l'article 27, qui indique que la protection des droits civils et politiques « vise à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle, religieuse et sociale des minorités concernées »¹⁹⁷⁶. Pour D. Lochak, la reconnaissance des droits culturels doit se comprendre « dans un cadre universaliste », et ces droits correspondent alors à un « droit à l'identité culturelle » qui « doit pouvoir être revendiqué par chaque individu, qu'il appartienne ou non à une minorité »¹⁹⁷⁷. Pour B. Melkevik, la Déclaration de 1992, l'un des premiers textes internationaux à reconnaître des droits culturels, a consacré « une reconnaissance directe et ouverte d'un droit à l'identité »¹⁹⁷⁸. Il s'agit donc avant tout d'*identité*, et plus précisément, d'« identité culturelle », qui doit être comprise comme « l'ensemble des références culturelles par lequel une personne ou un groupe se définit, se manifeste et souhaite être reconnu »¹⁹⁷⁹.

596. Par ailleurs, les limites que rencontre la neutralité dans le cadre du Juste¹⁹⁸⁰ montrent que ce ne sont pas les cultures dans leur globalité qui sont respectées et acceptées dans

¹⁹⁷⁰ S. VIBERT, « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », art. cit., p. 18.

¹⁹⁷¹ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 130.

¹⁹⁷² P. MEYER-BISCH, « Les droits culturels », art. cit., p. 10 (nous soulignons).

¹⁹⁷³ D. TERRE, « Droits des personnes, droits culturels, droits des groupes », p. 118.

¹⁹⁷⁴ N. ROULAND, « Le droit français devient-il multiculturel ? », art. cit., pp. 524-525.

¹⁹⁷⁵ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 9.

¹⁹⁷⁶ D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 121.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 127.

¹⁹⁷⁸ B. MELKEVIK, « Le droit à une identité culturelle : réflexions sur le nouveau droit international », art. cit., p. 279.

¹⁹⁷⁹ Article 2b, Déclaration de Fribourg sur les droits culturels adoptée le 7 mai 2007.

¹⁹⁸⁰ Voir *infra*, § 627 et s.

les États libéraux contemporains, mais bien les identités, en raison de l'incompatibilité de certaines cultures avec l'idéologie des modernes :

« Par la primauté de chartes ou constitutions assises sur la référence aux droits de l'homme, l'idéologie moderne engage une lutte contre les traditions non occidentales jugées obscurantistes, comme l'excision, la répudiation ou le châtement corporel [...]. Le pluralisme acceptable dans la démocratie libérale consiste en fait en un pluralisme des opinions individuelles, des croyances personnelles et des styles de vie, et non pas des « cultures » au sens anthropologique du terme, c'est-à-dire des représentations, idées, valeurs et pratiques touchant tous les domaines de l'existence humaine, de la naissance à la mort en passant par le sacrifice, l'enfantement et les relations quotidiennes entre personnes. »¹⁹⁸¹

597. Pour S. Mesure et A. Renaut, ce ne sont pas seulement les droits culturels, mais l'ensemble des droits qui ont pour ultime objectif de protéger l'identité culturelle :

« Ne serait-ce qu'à considérer les droits-libertés, comment a-t-il été possible pendant si longtemps de ne pas apercevoir que, non seulement le droit de l'individu à la liberté en matière de convictions religieuses, mais plus largement ses droits à la liberté d'opinion, à la liberté de conscience, à la liberté d'expression dessinaient en creux l'espace d'un droit individuel à l'identité culturelle. »¹⁹⁸²

La notion d'identité est l'une des notions les plus importantes et les plus débattues de la philosophie politique contemporaine ; la finalité de l'État contemporain est de faire « coexister pour chacun la préservation possible d'une identité culturelle distincte et l'intégration à une autre identité à construire »¹⁹⁸³, et donc de poursuivre un objectif de neutralité vis-à-vis des identités par l'intervention de l'État. La volonté de mettre en place une démocratie culturelle résulte d'une volonté de garantir le droit à l'identité, naguère bafoué par l'hégémonie de la culture majoritaire.

598. L'exemple de la reconnaissance des autochtones permet d'éclairer cette primauté de l'identité, tant individuelle que collective, dans l'objet de la neutralité contemporaine. Les politiques de reconnaissance des autochtones dans différents États, en particulier les États latino-américains qui ont parmi les plus importantes populations autochtones sur leurs territoires, fournissent une illustration de l'importance donnée à l'*identité* culturelle, plus qu'à la culture elle-même, témoignant ainsi du fait que l'objet actuel de la neutralité se trouve dans

¹⁹⁸¹ S. VIBERT, « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », art. cit., p. 19.

¹⁹⁸² S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 265.

¹⁹⁸³ D. TERRE, « Droits des personnes, droits culturels, droits des groupes », art. cit., p. 131.

les identités particulières. Tout d'abord, il faut distinguer deux types de reconnaissance : la reconnaissance juridique de droit international et la reconnaissance constitutionnelle étatique. Or, les peuples autochtones bénéficient de ces deux reconnaissances, la première ayant entraîné la seconde. La reconnaissance de l'identité autochtone, *a fortiori* lorsqu'elle est issue de traités internationaux, n'implique pas nécessairement la reconnaissance de droits culturels y étant attachés. Au niveau international, il s'agissait d'abord de reconnaître les peuples autochtones comme sujets de droit, ayant notamment droit à la préservation et au développement de leur identité particulière. Le premier instrument international ayant abouti à une telle reconnaissance est la Convention n°169 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989, qui prit acte « de l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions, de leurs modes de vie et de leur développement économique propres et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des États où ils vivent »¹⁹⁸⁴. En 2007, la Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones affirme que « les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels », et qu'il s'agit désormais de « respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones ». L'article 8 en particulier, qui dispose que « [l]es autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture » et que les États doivent notamment empêcher ou réparer « [t]out acte ayant pour but ou pour effet de priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles ou leur identité ethnique », a pour objectif de protéger l'identité propre des autochtones. Dans le même sens, l'article 33 dispose qu'ils ont « le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils vivent ». Cette déclaration – issue de plus de vingt ans de négociation – a permis non seulement la consécration de la catégorie de « peuples autochtones » mais aussi la reconnaissance de toute une série de droit à leur égard, et en particulier de droits *collectifs*¹⁹⁸⁵. La déclaration de 2007 a donc permis la reconnaissance de l'identité culturelle autochtone et de droits permettant de la protéger. De manière plus explicite encore, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, dans l'arrêt *Peuple indigène Kichwa de Saeavaku c. Équateur* de 2012,

¹⁹⁸⁴ Convention n°169 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989, Préambule.

¹⁹⁸⁵ I. BELLIER, « Les droits des peuples autochtones : Entre reconnaissance internationale, visibilité nouvelle et violations ordinaires », *L'Homme & la société*, 2018, vol. 206, n° 1, p. 141.

en plus de rappeler l'existence de droits collectifs des peuples autochtones, a consacré un « droit à l'identité culturelle », qui est un « droit fondamental et de nature collective des communautés autochtones, qui doit être respecté dans une société multiculturelle, pluraliste et démocratique »¹⁹⁸⁶.

599. Parallèlement à cette consécration d'un droit à l'identité culturelle pour les autochtones dans le droit international, la plupart des nouvelles constitutions latino-américaines – les constitutions « transformatrices »¹⁹⁸⁷ – ont également reconnu, au niveau constitutionnel, l'*identité* autochtone. L'article 63 de la Constitution du Paraguay, intitulé « De l'identité ethnique », reconnaît par exemple « [l]e droit des peuples autochtones à préserver et à développer leur identité ethnique ». De même, l'article 121 de la Constitution du Venezuela reconnaît le droit des peuples autochtones à « maintenir et [...] développer leur identité ethnique et culturelle, vision du monde, valeurs, spiritualité, lieux sacrés et culte », et qu'il revient à l'État de valoriser et diffuser les « manifestations culturelles des peuples indigènes » et de permettre aux peuples autochtones de bénéficier d'un système éducatif « de caractère interculturel et bilingues, répondant à leurs particularités socioculturelles, valeurs et traditions ». Outre ces exemples visant explicitement la préservation de l'identité des peuples autochtones, la majorité des constitutions latino-américaines reconnaît des droits culturels aux populations autochtones, axés autour de leur identité particulière. Il s'agit par exemple du droit à la terre, au territoire et aux ressources naturelles¹⁹⁸⁸, leur permettant le lien avec la nature au

¹⁹⁸⁶ CIADH, Peuple indigène Kichwa de Sarayaku c. Équateur, 27 juin 2012, § 217, cité par M. ROTA, « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2011-2012) », art. cit.

¹⁹⁸⁷ Voir *infra*, § 658 et s.

¹⁹⁸⁸ L'article 119 de la Constitution du Venezuela reconnaît par exemple « l'existence des peuples et communautés indigènes, leur organisation sociale, politique, et économique, leurs cultures, us et coutumes, langues et religions comme leur habitat et droits coutumiers, *les terres ancestrales que traditionnellement ils occupent, nécessaires pour développer et garantir leur mode de vie* » (nous soulignons).

cœur de leur identité¹⁹⁸⁹, du droit à la propre organisation juridique, politique et économique¹⁹⁹⁰, ou encore du droit à la protection de leurs lieux sacrés¹⁹⁹¹.

600. À la lecture de ces différents droits, il apparaît que la reconnaissance de ces droits culturels vise plus spécifiquement la protection de l'*identité* autochtone que de la culture en elle-même. Il y a donc une reconnaissance d'un *droit à l'identité*. En effet, lorsqu'il s'agit de permettre la création d'un système éducatif adapté, il s'agit en réalité de protéger le droit des individus à vivre en accord avec leur identité, et le droit des parents d'élever leurs enfants en accord avec celle-ci. De même, les droits ancestraux protégés dans les constitutions ou traités internationaux correspondent au droit de vivre en accord avec les traditions et les modes de vie, et donc correspondent à la protection de l'identité culturelle des individus. De manière générale, concernant la reconnaissance de droits culturels, « le souci primordial qui ressort des textes est de préserver les identités culturelles et de promouvoir la “diversité culturelle” »¹⁹⁹². La reconnaissance de l'identité autochtone et la volonté de la protéger témoignent de l'intégration de l'élément de respect relatif à la neutralité des conséquences. Il s'agit, en reconnaissant le droit à l'identité culturelle, de garantir le même respect qu'à la majorité, en actant « le rejet de toute conception centralisatrice ou monopolistique de l'identité, l'abandon d'un mythe national unitaire et l'adhésion à l'idée d'une pluralité d'identités constitutionnellement légitimes »¹⁹⁹³. Il s'agit ainsi d'élargir le cadre du Juste afin qu'il englobe, plus concrètement, l'identité autochtone, et de permettre ainsi le même droit, pour tous les individus, de vivre en accord avec son identité propre, sans être contraint de la renier ou d'adhérer à la culture majoritaire. Les constitutions latino-américaines, de même que les différents traités internationaux, garantissent la possibilité aux autochtones de vivre en accord avec leur identité culturelle, sans déterminer de manière précise quelle doit être cette identité, ni sans obligation

¹⁹⁸⁹ Le Préambule de la Constitution équatorienne fait par exemple explicitement référence à ce lien entre la nature et la cosmologie amérindienne : « Nous, peuple souverain de l'Équateur, reconnaissant nos racines millénaires, forgées par des femmes et des hommes de différents peuples, célébrant la nature, la Pacha Mama, dont nous faisons partie et qui est vitale pour notre existence, invoquant le nom de Dieu et en reconnaissant nos diverses formes de religiosité et de spiritualité, s'appuyant sur la sagesse de toutes les cultures qui nous enrichissent en tant que société, en tant qu'héritiers des luttes sociales de libération contre toutes les formes de domination et de colonialisme, et avec un engagement profond pour le présent et pour l'avenir, nous décidons de construire une nouvelle forme de vie citoyenne en commun, dans la diversité et l'harmonie avec la nature, pour atteindre le bien vivre, le *sumak kawsay* ».

¹⁹⁹⁰ L'article 30 de la Constitution bolivienne préserve par exemple ce droit à l'article 30, II, 14, disposant que les peuples autochtones ont droit à « la pratique de leurs systèmes politique, juridique et économique en accord avec leur propre vision du monde » (traduction libre).

¹⁹⁹¹ L'article 57, al. 12 de la Constitution équatorienne de 2008 protège par exemple le droit de récupérer, promouvoir et protéger les lieux rituels et sacrés.

¹⁹⁹² D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 128.

¹⁹⁹³ G. OTIS, « La tolérance comme fondement et limite de droits identitaires autochtones », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998, p. 96.

pour les membres des peuples autochtones d'y adhérer : en ce sens, elles permettent la liberté pour les individus à la fois de vivre en accord avec leur identité, mais encore de la choisir tout au long de leur vie. L'État reste neutre vis-à-vis des identités : il n'interdit ni n'impose une culture particulière aux individus ou aux groupes, tout en permettant – dans l'exemple des autochtones – que l'État mette en œuvre des droits culturels visant à faciliter le fait, pour ces individus, de vivre en accord avec leur identité culturelle. Ainsi, le fait de seulement « reprendre les référents identitaires les plus généraux sans fixer le contenu des valeurs particulières ni occulter la fluidité de l'identité »¹⁹⁹⁴ favorise le respect de l'idéal de neutralité de l'État.

601. La reconnaissance de l'identité culturelle autochtone, et la garantie de droits y étant attachés, permet donc la neutralité de l'État. En prenant en compte la spécificité de cette identité, les constitutions élargissent le cadre du Juste et donc le cadre de la neutralité afin d'inclure l'identité particulière des autochtones, distincte de la culture majoritaire. Or, inclure les peuples autochtones dans la sphère du Juste donne la possibilité, jusqu'alors bafouée, aux membres de peuples autochtones de « construire, de composer et de recomposer leur identité, selon leur propre système de normalisation et de signes d'appartenance, sans entraves émanant de l'ordre étatique »¹⁹⁹⁵. Ainsi, dans l'exemple des peuples autochtones, leur reconnaissance, parfois accompagnée de droits culturels, voire *bioculturels*¹⁹⁹⁶, témoigne de l'objet réel visé par la neutralité de l'État : celui de l'identité. Il s'agit, pour les États, de permettre aux membres des peuples autochtones – dans une perspective d'égal respect – de choisir et de construire leur identité. Il s'agit de permettre la même liberté entre tous les individus de vivre selon leur identité propre, plus que de reconnaître la même valeur à chaque culture, car l'État libéral ne peut reposer sur le relativisme culturel¹⁹⁹⁷. Les droits culturels visent, en dernier ressort, à protéger l'identité culturelle des peuples autochtones, appréhendés vis-à-vis de l'individu et non du groupe. Bien que certains droits culturels soient des droits collectifs, aucun individu membre de peuples autochtones ne se voit obligé de vivre en accord avec la culture autochtone : il s'agit de permettre aux individus de *choisir leur propre identité*, que celle-ci se rattache – ou non – à une identité collective. L'État intervient pour élargir la sphère du Juste, non pour interdire ou contraindre un individu à une identité culturelle. L'apparition de la neutralité culturelle témoigne d'un phénomène plus global de mutation de l'objet de la neutralité vers les *identités*, entendues au sens large.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 99.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 98.

¹⁹⁹⁶ Voir *infra*, § 680 et s.

¹⁹⁹⁷ Voir *infra*, § 637 et s.

§2. Le rôle de l'État dans la mutation et l'évolution de l'objet de la neutralité

602. L'époque contemporaine est celle des identités, car les croyances se sont muées « en *identités*, ce qui signifie simultanément une autre manière de les habiter intérieurement et une autre manière de les revendiquer extérieurement »¹⁹⁹⁸. De cette manière qu'ont les individus d'appréhender leurs modes de vie, leurs cultures et leurs croyances, a résulté des attentes vis-à-vis de l'État, et notamment la reconnaissance de ces identités particulières. L'apparition de la neutralité culturelle s'inscrit dans ce besoin de reconnaissance de la part de la société civile contemporaine : il apparaît que ce sont les identités, qui, en dernier ressort, sont visées par l'action de l'État. L'intervention de l'État visant à améliorer la dimension égalitaire du principe de neutralité a pour conséquence de faire des identités le réel objet de la neutralité. En effet, l'apparition d'une neutralité active a eu pour conséquence de déplacer l'objet de la neutralité aux identités. L'évolution de l'objet de la neutralité de l'État vers la notion d'identité émane directement de la mutation de la mise en œuvre observée précédemment¹⁹⁹⁹ (I). Le rôle de l'État est alors déterminant de l'évolution de l'objet (II).

I. Une mutation de l'objet de la neutralité déterminée par la mutation de la mise en œuvre

603. Dans la théorie de la neutralité, l'objet le plus consensuel se trouve dans les conceptions du bien : l'État doit être neutre vis-à-vis des différentes conceptions du bien afin d'assurer la liberté des individus. Néanmoins, certains auteurs défendent un objet distinct : c'est le cas de K. A. Appiah, selon qui l'objet de la neutralité se trouve dans les *identités*. La notion d'identité est plurielle : l'identité peut être sociale, culturelle, religieuse, etc. Au sens large, l'identité *sociale* d'un individu « se caractérise par l'ensemble de ses appartenances dans le système social : appartenance à une classe sexuelle, à une classe d'âge, à une classe sociale, à une nation, etc. » et permet ainsi « à l'individu de se repérer dans le système social et d'être lui-même repéré socialement »²⁰⁰⁰. L'identité, qui peut se rattacher tant à un individu qu'à un

¹⁹⁹⁸ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., p. 121.

¹⁹⁹⁹ Voir *supra*, § 546 et s.

²⁰⁰⁰ D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit., p. 98.

groupe, est « quelque chose de permanent, de durable et d'inhérent à l'être »²⁰⁰¹. Elle peut être objective, en référence à un certain nombre de critères comme la langue ou la religion, ou subjective, et renvoie alors à « un sentiment d'appartenance ou une identification à une collectivité plus ou moins imaginaire »²⁰⁰². Dans sa contribution à l'ouvrage *Political Neutrality : a re-evaluation*²⁰⁰³, K. A. Appiah défend l'idée d'une neutralité centrée autour de l'identité sociale :

« L'idée de base est que l'action gouvernementale, y compris, mais pas uniquement, la législation, ne doit pas faire preuve de préjugés envers certaines identités sociales ou de partialité envers d'autres. »²⁰⁰⁴

Pour l'auteur, l'objet de la neutralité est précisément *déterminé par l'objectif poursuivi* : selon lui, la neutralité de l'État doit être une neutralité des *conséquences*. Selon K. A. Appiah, la neutralité doit correspondre au fait que « les actes de l'État doivent traiter les personnes d'identités sociales diverses avec la même considération ou le même respect »²⁰⁰⁵. Or, pour cela, la neutralité doit avoir pour objet les identités. La neutralité des conséquences correspond à la neutralité vis-à-vis des identités, car celle-ci prend en compte l'élément de respect inhérent à la neutralité et essentiel à la notion de neutralité des conséquences :

« L'idée de l'égal respect est essentiellement expressive : il s'agit de l'idée que l'État ne doit pas exprimer, dans ses actions, l'idée qu'une catégorie de citoyens est moins importante que les autres. En ce sens, il incarne un idéal de neutralité vis-à-vis des identités. »²⁰⁰⁶

L'élément d'égalité est donc au cœur de la neutralité envers les identités : l'égal respect envers les identités implique la neutralité de l'État. Or, la neutralité à l'égard des identités permet précisément – comme l'exige la neutralité des conséquences – de prendre en compte les identités particulières afin de traiter des catégories de population ou des individus de manière différente. Il s'agit de permettre à l'ensemble des individus de vivre en accord avec son identité particulière sans les offenser d'aucune manière :

« La neutralité en tant qu'égal respect n'exige pas que nous feignions l'agnosticisme à l'égard des croyances de nos concitoyens

²⁰⁰¹ P. COTE et T.J. GUNN (éds.), *La nouvelle question religieuse : régulation ou ingérence de l'État?*, coll. « Dieux, Hommes et Religions », n° 9, New York, PIE-P. Lang, 2006, p. 35.

²⁰⁰² D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, *op. cit.*, p. 100.

²⁰⁰³ K.A. APPIAH, « Expressive Neutrality », art. cit. L'auteur précise que cet essai reprend l'analyse de son livre *The Ethic of Identity*.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 83 (traduction libre).

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 85 (traduction libre).

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 86 (traduction libre).

ou que nous évitions de nous appuyer sur des affirmations controversées : elle nous demande simplement d'éviter autant que possible d'offenser les croyances des minorités. »²⁰⁰⁷

C'est donc bien le rapport de l'État aux identités qui se pose dans le cas de la neutralité comme égal respect : il s'agit pour l'État de ne pas défavoriser un individu en raison de son identité²⁰⁰⁸. Il ressort de la démonstration de l'auteur que c'est l'objectif recherché par l'État – la neutralité en tant que respect égal – qui va déterminer son objet – les identités.

604. Dans son article « Deux conceptions de la neutralité de l'État », P. Da Silveira distingue deux objets distincts du concept de neutralité de l'État : la neutralité envers les conceptions du bien et la neutralité envers les individus. Il définit la première comme « une neutralité envers la probabilité qu'une conception du bien (c'est-à-dire, une réponse spécifique à la question : “qu'est-ce que la vie bonne ?”) soit choisie et mise en pratique plutôt qu'une autre », et la seconde comme « la neutralité envers les individus qui ont déjà choisi une conception du bien particulière (même s'ils peuvent la changer à tout moment) »²⁰⁰⁹. Pour l'auteur, c'est la *démarche de l'État* qui permet de distinguer ces deux objets :

« Un État qui se veut neutre envers les individus essayera soit de ne pas modifier les chances qu'ils ont de réaliser leur conception du bien, soit de les favoriser ou de les défavoriser en égale mesure, soit enfin de ne pas agir envers les individus en fonction d'une évaluation contestable de leurs motivations ou de leurs qualités intrinsèques. [...]

Un État qui se veut neutre par rapport aux idéaux essayera soit de ne pas favoriser ou défavoriser les chances qu'a chaque conception du bien d'être choisie et mise en pratique par les individus, soit d'affecter ces chances dans la même mesure, soit de s'abstenir d'agir envers les différentes conceptions du bien en vertu d'une évaluation contestable de leurs excellences intrinsèques. »²⁰¹⁰

Quel que soit l'objet, le fait d'essayer de ne pas favoriser ou défavoriser correspond, quant à la mise en œuvre, à la neutralité des conséquences. P. Da Silveira précise qu'il ne peut y avoir de neutralité des conséquences *à la fois* envers les individus *et* envers les conceptions du bien. Selon lui, la neutralité « libérale » est avant tout une neutralité envers les individus et, seulement dans un second temps, de manière dérivée, une neutralité envers les conceptions du bien. Si l'auteur rejette la possibilité d'une neutralité des conséquences, qu'il considère comme

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 88 (traduction libre).

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 92.

²⁰⁰⁹ P. DA SILVEIRA, « Deux conceptions de la neutralité de l'État », art. cit., p. 234.

²⁰¹⁰ *Ibid.*

impraticable, la distinction qu'il opère entre les deux objets de la neutralité concerne également la neutralité des conséquences, et surtout, intéresse l'objectif de l'État.

605. Plusieurs conséquences doivent être tirées des théories de ces deux auteurs. Tout d'abord, si l'objet de la neutralité, dans la théorie, correspond le plus souvent à la neutralité vis-à-vis des conceptions du bien, l'objet peut être recherché plus spécifiquement dans les individus, dont la recherche de liberté est au fondement de la nécessité de la neutralité, ou, plus spécifiquement encore, dans l'identité de ces derniers. Ensuite, il apparaît, et ce que confirme en effet la pratique, que c'est l'objectif final recherché par l'État qui détermine l'objet de la neutralité : la mise en œuvre de la neutralité détermine l'objet réel de la neutralité. Or, l'apparition de la neutralité des conséquences dans la mise en œuvre contemporaine du principe de neutralité invite à se concentrer sur l'individu et son identité comme objet de la neutralité.

606. Les questions relatives à l'identité et aux revendications minoritaires interrogent directement le rôle et la place de l'État par rapport à ces identités. Ces revendications ont eu comme conséquence une mutation de l'objet de la neutralité, qui provient directement de la société civile : l'État a été amené à reconnaître les identités « soucieuses de se faire reconnaître »²⁰¹¹. Il apparaît donc que, dans la pratique, l'action de l'État a mis en lumière l'objet de la neutralité : les identités. La neutralité active recouvre « les actions publiques dont le but est de soutenir effectivement le droit à la liberté de conscience »²⁰¹², et la possibilité pour chacun de vivre en accord avec son identité. Par exemple, lorsque l'État crée une obligation d'accommodement raisonnable, il permet aux individus de vivre en accord avec leurs identités religieuses ou culturelles, car ces accommodements permettent aux individus « de structurer leur identité morale »²⁰¹³ relativement à leurs croyances. De même, lorsqu'il légifère pour légaliser le mariage homosexuel, il permet aux individus de vivre en accord avec leur identité sexuelle, car les personnes homosexuelles n'avaient alors pas les mêmes possibilités que la majorité hétérosexuelle de vivre en accord avec leur sexualité. L'État *établit* la neutralité là où les distinctions passées allaient à l'encontre de cette neutralité²⁰¹⁴, précisément parce que l'interdiction du mariage homosexuel correspond à la conception du bien selon laquelle « le

²⁰¹¹ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., p. 136.

²⁰¹² V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », art. cit.

²⁰¹³ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, op. cit., p. 114.

²⁰¹⁴ D. BORRILLO et D. LOCHAK (éds.), *La liberté sexuelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

meilleur mode de sexualité est l'hétérosexualité »²⁰¹⁵. Il s'agit avant tout, pour l'État, de respecter l'identité de chacun.

607. Or, l'identité privée a parfois besoin de la reconnaissance publique pour être effective. Les questions identitaires – comme le souligne M. Gauchet – sont indétachables de la projection publique :

« Représentant de la société civile, l'État est en réalité appelé à remplir le rôle d'instituant des identités qui la composent. C'est dans la relation avec lui qu'elles se forgent. L'État n'assoit sa légitimité [...] qu'au travers d'un effort permanent pour s'associer à l'existence des composantes de la société civile. Il faut ajouter un sens inverse : ces composantes, qui se veulent autant de foyers identitaires, ne parviennent à se déployer effectivement comme identités qu'au travers de l'espace de représentation que l'État leur assure [...]. [Ces] communautés d'identification n'existent pas d'abord, spontanément, pour ensuite aller chercher à se faire admettre des autres et de la société générale. Elles se constituent dans leur existence distincte, elles s'affirment dans leur spécificité privée par rapport à l'espace public et en fonction de la reconnaissance qu'elles entendent y trouver. Elles ont besoin de cet État à l'extérieur duquel elles veulent se situer et dont elles veulent qu'il reconnaisse leur extériorité, pour se définir et s'assurer elles-mêmes. »²⁰¹⁶

Le besoin de reconnaissance des identités issu de la société civile a entraîné une modification de la mise en œuvre de la neutralité et de son objet : l'État ne doit plus se tenir en dehors de la sphère privée, au contraire, il est invité à intervenir pour permettre à chaque individu et à chaque groupe de vivre en accord avec son identité. L'identité n'étant pas seulement privée, car, dans la société contemporaine, « c'est au titre de son identité privée qu'on entend compter dans l'espace public »²⁰¹⁷, l'intervention de l'État est nécessaire. C'est donc le rôle de l'État dans la reconnaissance des identités qui fait des identités le nouvel objet de la neutralité. La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe considère en ce sens qu'une « société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à

²⁰¹⁵ L. DE BRIEY, « L'autonomie collective : une réponse à la neutralité libérale », in M.-A. DILHAC et S. GUERARD DE LATOUR (éds.), *État donné le pluralisme*, coll. « Philosophie », Paris, Éditions de la Sorbonne, 18 février 2019, pp. 95-104. Dans cet article, L. De Brieu utilise l'exemple du débat sur l'homoparentalité pour dénoncer les insuffisances de la neutralité de l'État. Voir aussi, du même auteur : L. DE BRIEY et J. PITSEYS, « L'homoparentalité et la fonction du droit », *Revue philosophique de Louvain*, 2007, vol. 105, n° 1/2, pp. 77-106.

²⁰¹⁶ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., pp. 160-161.

²⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 134.

permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité »²⁰¹⁸. Dans le même sens, l'article 4§2 de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques des Nations Unies de 1992 énonce explicitement que les États « prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes ». Le rôle de l'État est ainsi déterminant sur la mutation de l'objet vers les identités. Par conséquent, l'extension de la neutralité par l'extension de la notion d'identité est également déterminée par l'État.

II. Le rôle de l'État dans l'extension de l'objet de la neutralité

608. L'action de l'État est déterminante dans l'expansion de l'objet de la neutralité, comme en témoigne l'extension de l'objet de la neutralité aux identités subjectives (A). Toutefois, l'extension de l'objet de la neutralité rencontre une limite dans la capacité d'auto-organisation des groupes, nécessaire pour faire reconnaître leur identité(B).

A) L'extension de l'objet de la neutralité aux identités subjectives

609. La mutation de l'objet de la neutralité vers les identités correspond à une volonté d'approfondissement du principe de neutralité dans la perspective contemporaine d'égalisation des conditions et des opportunités entre les individus. Si cet approfondissement rencontre encore des limites, le changement d'objet de la neutralité vis-à-vis des conceptions du bien vers la neutralité vis-à-vis des identités témoigne d'une volonté d'abolir toute limite à la neutralité qui ne serait pas justifiée par une contradiction aux droits fondamentaux. Le fait pour l'État d'étendre la neutralité aux identités s'inscrit dans une perspective d'extension de la liberté individuelle. En ce sens, l'apparition de droits culturels correspond non pas à une recherche d'un relativisme culturel²⁰¹⁹, mais à l'accroissement de la liberté des individus par l'extension de la possibilité pour chacun de choisir, de renoncer, de modifier son identité. Dans cette perspective, la reconnaissance de droits culturels, et plus généralement, le droit identitaire, a opéré un tournant vers l'autodéfinition, ou l'auto-affirmation²⁰²⁰. Dans son article relatif au

²⁰¹⁸ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 10 novembre 1994, Préambule (nous soulignons).

²⁰¹⁹ Voir *infra*, § 625 et s.

²⁰²⁰ B. MELKEVIK, « Le droit à une identité culturelle : réflexions sur le nouveau droit international », art. cit., p. 282 et s.

droit à l'identité culturelle, B. Melkevik identifie ce tournant – relatif aux autochtones – à la Convention 169 de l'OIT qui s'attache au *sentiment d'appartenance*, actant ainsi un nouveau critère dans la définition de l'appartenance à une communauté autochtone : « le fait que la minorité ou l'autochtone veuille être reconnu comme tel »²⁰²¹. Les textes consacrent alors une libre affirmation de l'identité. Les critères objectifs de l'appartenance à une communauté autochtone s'effacent progressivement, pour laisser place au subjectif et au ressenti. De la même manière, la conception de la religion, par exemple dans la jurisprudence canadienne relative aux accommodements raisonnables, a progressivement pris un sens subjectif. Seule la sincérité des convictions est prise en compte, menant à une subjectivisation croissante des croyances qui est indissociable de leur démultiplication.

610. Dans le même sens, la reconnaissance, dans une partie des États contemporains, de la notion d'identité de genre s'inscrit dans une volonté d'étendre la notion d'identité à des critères subjectifs, car, en reconnaissant l'identité de genre, le droit « entérine un ressenti »²⁰²². Le concept de genre s'est progressivement invité dans le droit positif des États²⁰²³ et ne renvoie donc plus à un concept uniquement politique²⁰²⁴, ou du moins, est moins politisé du fait de son intégration au droit positif²⁰²⁵. Au-delà de la simple utilisation du terme de genre, certains pays ont reconnu l'identité de genre. En France, la notion d'identité de genre est introduite par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice²⁰²⁶. Dans sa décision du 26 janvier 2017, le Conseil constitutionnel reconnaît l'identité particulière des personnes s'identifiant à un genre « correspond[ant] ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état-civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin »²⁰²⁷. Si le changement de genre est conditionné, en France, à des éléments objectifs, plusieurs États ont reconnu non

²⁰²¹ *Ibid.*, p. 282.

²⁰²² O. BUI-XUAN, « Le droit au défi des identités de genre », *RDLF*, 2022, n° 19, disponible sur http://www.revuedlf.com/personnes-famille/le-droit-au-defi-des-identites-de-genre/#_ftnref19.

²⁰²³ *Ibid.*

²⁰²⁴ C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), « Le genre : une dimension politique du droit », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », Paris, LGDJ, 2022.

²⁰²⁵ Par exemple, sur l'introduction du concept de genre en droit français : O. BUI-XUAN, « Le droit au défi des identités de genre », art. cit. ; A. JAUNAIT, « L'invention trans de l'identité de genre dans le droit français », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », n° 61, Paris, LGDJ, Lextenso, 2022, pp. 31-45 ; J. CHARRUAU, « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA*, 2015, pp. 127-136 ; A. JAUNAIT, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », *Droit et société*, 2020, n° 2, p. 429 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », n° 61, Paris, LGDJ, Lextenso, 2022, pp. 159-171.

²⁰²⁶ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²⁰²⁷ Décision n°2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté.

seulement l'identité de genre, mais aussi la possibilité pour les individus d'officialiser cette identité par la modification de l'état-civil, ou de la mention figurant sur la pièce d'identité. C'est le cas par exemple de l'Argentine²⁰²⁸, de l'Irlande²⁰²⁹, ou encore de Malte²⁰³⁰. Dans ces pays en particulier, le changement de genre est réalisé sur déclaration de la personne, et n'est donc pas soumis à des éléments « objectifs » ou à un avis médical. La logique d'auto-affirmation – qui est celle de l'identité culturelle par exemple des autochtones – ou encore de l'autodétermination s'étend alors au genre. Ainsi, la détermination du genre « [ne] relève [plus] de la sphère médicale, comme cela a longtemps été le cas »²⁰³¹. Dans le même sens, dans un arrêt majeur²⁰³², la CEDH a déduit de l'article 8 un droit à définir son appartenance sexuelle, c'est-à-dire le « droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain ». Cette reconnaissance correspond au « droit de voir son état civil établi en concordance avec la réalité de son identité apparente et perçue (par elle-même et par les tiers) »²⁰³³. La Cour a précisé dans un arrêt de 2003 qu'elle reconnaissait le droit à l'autodétermination sexuelle comme l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée²⁰³⁴.

611. Or, le fait pour l'État de permettre aux individus de déterminer par eux-mêmes leur genre acte un changement majeur dans la neutralité de l'État vis-à-vis des identités. Au-delà de la reconnaissance de l'identité de genre, c'est en particulier la reconnaissance de l'auto-affirmation des individus quant à leur genre, en dehors de tout critère objectif, qui témoigne de cette extension de l'identité au-delà de la sphère de la liberté de conscience vers celle de l'état-civil. En effet, la reconnaissance de l'identité de genre entraîne en réel « changement de paradigme » en tant que « [l]e raisonnement juridique quitt[e] en cette matière le terrain de l'indisponibilité de l'état des personnes [note de bas de page supprimée] pour accepter de se situer sur celui du droit au respect de la vie privée et familiale, entérinant de ce fait l'attraction des questions d'état civil dans le champ des droits humains et donc l'émergence d'une dimension subjective, identitaire, de l'état civil »²⁰³⁵. De la même manière, la reconnaissance du genre neutre participe à la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination du genre par la reconnaissance de personnes s'auto-identifiant comme non-binaire. La reconnaissance d'un

²⁰²⁸ Gender Identity Law, 2002.

²⁰²⁹ Gender Recognition Act, 2015.

²⁰³⁰ Gender Identity, Gender Expression and Sexual Characteristics Act, 2015.

²⁰³¹ O. BUI-XUAN, « Le droit au défi des identités de genre », art. cit.

²⁰³² CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni, n° 28957/95.

²⁰³³ É. MILLARD, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit.

²⁰³⁴ CEDH, 19 septembre 2003, Van Kück v. Germany, req. n° 35968/97, § 78.

²⁰³⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit., p. 163.

genre neutre permet à la fois la reconnaissance de personnes intersexe, c'est-à-dire des « personnes qui naissent avec des variations de développement sexuel, soit qu'elles soient génétiques, hormonales ou anatomiques, et qui présentent donc des caractéristiques considérées à la fois comme masculines et féminines », et des personnes non-binaires, c'est-à-dire des « personnes qui ne se reconnaissent pas dans la dualité de genre entre hommes et femmes »²⁰³⁶. Le choix du genre, et le dépassement de la catégorisation sexuée binaire de l'état-civil²⁰³⁷, s'inscrit donc dans l'élargissement de la notion d'identité via l'auto-identification des individus et l'extension de la notion d'identité au-delà de la liberté de conscience.

612. Toutes ces avancées du principe de neutralité répondent à la même logique de remise en cause de normes dominantes, et d'extension de la liberté des individus quant au choix de leur identité, que celle-ci soit morale ou corporelle. Il s'agit d'abolir les normes sociales communes en tant qu'elles représentent un frein à l'identité des individus et à leur liberté de choix.

B) La capacité d'auto-organisation des groupes : une limite à la neutralité vis-à-vis des identités

613. Dès les premières théorisations explicites du concept de neutralité de l'État à la suite de la parution de la *Théorie de la justice* de J. Rawls, un argument était déjà soulevé à l'encontre de la neutralité des conséquences résultant d'une intervention de l'État : l'impossibilité de prendre en compte l'ensemble des discriminations systémiques et de parvenir à une réelle égalité d'opportunités pour tous. Dans les États libéraux contemporains, différents groupes ou minorités se sont organisés en vue de faire respecter par l'État leur droit à la différence, visant à corriger les failles de l'universalisme abstrait. La « correction » de la neutralité de l'État, par la mise en place de politiques visant à traiter de manière égale l'ensemble des identités particulières s'inscrivant dans le cadre du Juste, émane directement de la manière dont certains groupes ont su s'auto-organiser pour dénoncer les limites de l'universalisme abstrait, ce dernier restreignant leur pleine capacité à vivre leur propre identité. L'approfondissement de la neutralité des conséquences rencontre ainsi une limite dans la

²⁰³⁶ Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), avis du 25 mai 2021 relatif à la prise en charge des personnes transgenres dans les lieux de privation de liberté, glossaire, cité par O. BUI-XUAN, « Le droit au défi des identités de genre », art. cit.

²⁰³⁷ R. SENAC, « Le droit à l'épreuve des dilemmes de l'égalité : de la catégorisation sexuée binaire à l'état civil », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », n° 61, Paris, LGDJ, Lextenso, 2022, pp. 173-189.

capacité d'auto-organisation des groupes. Dans le cas des accommodements raisonnables par exemple, la mise en œuvre de la neutralité active dépend de la capacité des groupes à demander la reconnaissance de leur différence. Dès lors, la mise en place de la neutralité des conséquences se limite, à l'heure actuelle, aux groupes ayant fait de telles demandes.

614. Il faut distinguer, dans la mise en œuvre active de la neutralité de l'État, et donc dans l'approfondissement de la neutralité des conséquences, les politiques de reconnaissance qui visent seulement à approfondir l'élément d'égalité, et celles qui visent plus spécifiquement la reconnaissance des identités particulières. C'est le cas notamment des mesures à destination des peuples autochtones qui visent plus spécifiquement à reconnaître leur identité culturelle. L'exemple des peuples autochtones, et de la construction de l'« identité autochtone » montre la difficulté de l'auto-organisation pourtant essentielle à l'élargissement du cadre de la neutralité. À l'échelle mondiale, les peuples autochtones regroupent de nombreux peuples qui ne partagent ni la même culture, ni la même langue, ni le même territoire. En raison des différences existant entre les différents peuples autochtones, leur auto-organisation en tant que groupe parlant d'une même voix collective en vue de faire valoir la reconnaissance de leur identité particulière ne s'est pas faite sans difficultés. Dans un article relatif aux peuples autochtones, I. Bellier et V. González-González retracent la construction d'une « identité symbolique » autochtone en vue de la Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones²⁰³⁸. Elles expliquent que, pour être représentés aux Nations-Unies, les autochtones se sont trouvés dans l'obligation de construire une identité collective par-delà leurs différences. En effet, 500 millions d'autochtones n'étaient alors pas considérés comme des peuples :

« Tout comme je suis membre d'une nation de peuples autochtones, il existe des millions d'autochtones dans le monde. Environ 500 millions aujourd'hui. Nous sommes les peuples de la Cordillère, les Maori de Nouvelle-Zélande, nous sommes à Timor Leste, nous sommes les Wara wara d'Australie, les Lakota, les Tibétains, les peuples d'Hawai'i, de Nouvelle-Calédonie, des nations de peuples autochtones. Peuples autochtones. Nous ne sommes pas des populations, pas des minorités, nous sommes des peuples. Nous sommes des nations de peuples. Dans le droit international, nous répondons aux critères de l'État-nation, en possédant un système économique commun, une langue, un territoire, une histoire, une culture et des institutions de

²⁰³⁸ I. BELLIER et V. GONZALEZ-GONZALEZ, « Peuples autochtones. La fabrique onusienne d'une identité symbolique », *Mots. Les langages du politique*, octobre 2015, n° 108, pp. 131-150.

gouvernement. Malgré cela les nations autochtones ne sont pas autorisées à participer aux Nations unies. »²⁰³⁹

615. La construction d'une identité collective autour de cette expression de « peuples autochtones » a permis à ces derniers de prendre une place et un rôle majeur dans l'élaboration de la Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones, et de revendiquer des droits propres à leur identité culturelle. La formation d'un mouvement ayant pour objectif leur organisation à l'international en vue de leur représentation aux Nations-Unies s'est faite progressivement. Pour I. Bellier, le début de la mobilisation internationale se trouve dans les années 1960 aux États-Unis, les Amérindiens ayant été inspiré par les luttes pour l'émancipation des Noirs états-uniens²⁰⁴⁰. Ce mouvement s'est ensuite étendu aux autres continents et aux autres peuples autochtones, de sorte que les représentants autochtones aux Nations-Unies vinrent ensuite de toute la planète²⁰⁴¹. Dans le cadre de leur mobilisation pour être représentés à l'ONU, les peuples autochtones revendiquaient le droit d'être représentés, car ils formaient bien des peuples partageant chacun un même territoire, une même histoire, une même culture, comme les autres peuples des Nations-Unies, à la différence qu'ils avaient, eux, été « victimes de l'histoire » du fait de colonisation²⁰⁴². L'auto-organisation des peuples autochtones à l'international autour d'une identité collective transcendant leurs différences a abouti à leur reconnaissance à l'international en tant que « peuples autochtones ». Or, c'est cette voix collective portée par les peuples autochtones à l'ONU ayant abouti à la reconnaissance, dans la Déclaration des Nations-Unies pour les droits des peuples autochtones, « de leurs systèmes institutionnels, de leurs organisations sociales, comme de leurs droits et de leurs coutumes », qui a mené à la reconnaissance de leur identité particulière, et aux droits culturels qui y sont rattachés, à l'échelle nationale par différents pays, notamment les pays d'Amérique latine²⁰⁴³. Cet exemple de l'identité autochtone – collective et spécifique – témoigne du fait que la capacité d'auto-organisation des groupes peut limiter – si elle fait défaut – l'élargissement de la neutralité vis-à-vis des identités. La difficulté de l'auto-organisation et du fait, pour un

²⁰³⁹ Déclaration de Winona LaDuke lors de la Conférence des Nations-Unies sur les femmes, à Pékin, citée par *Ibid.*, p. 136.

²⁰⁴⁰ I. BELLIER, « Les droits des peuples autochtones », art. cit., p. 148.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, pp. 148-149.

²⁰⁴² I. BELLIER et V. GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, « Peuples autochtones. La fabrique onusienne d'une identité symbolique », art. cit., p. 138.

²⁰⁴³ I. BELLIER, « Les droits des peuples autochtones », art. cit., p. 153.

groupe, de trouver un dénominateur commun est vraie pour tous les groupes, comme l'illustre le courant féministe²⁰⁴⁴.

616. La question de la capacité d'auto-organisation interroge également sur les limites futures de la neutralité de l'État : l'exemple des autochtones témoigne de la capacité de « victimes historiques ou potentielles » de sortir de cette catégorisation pour être « des acteurs capables de forger une conscience et de s'engager dans l'action politique »²⁰⁴⁵, en vue de faire reconnaître leur identité particulière. L'extension de la neutralité vis-à-vis des identités est ainsi limitée aux groupes « soucieu[x] de se faire reconnaître »²⁰⁴⁶ et qui parviennent à le faire, ce qui limite doublement l'approfondissement de la neutralité vis-à-vis des identités.

617. Conclusion de section. L'objet de la neutralité, dans sa mise en œuvre contemporaine, s'est élargi aux *identités*. Cette mutation de l'objet est indétachable de la mutation de la mise en œuvre : c'est l'importance accrue de l'identité dans les sociétés contemporaines qui est à l'origine de la double mutation de la neutralité – celle de sa mise en œuvre et de son objet. La nécessité pour les individus de vivre en accord avec leur identité, entendue au sens large, invite l'action de l'État, et la reconnaissance de ces identités. Les individus ont alors besoin de l'État pour vivre pleinement en accord avec leur identité. Dès lors, c'est uniquement l'État, et sa vision de l'identité, qui peut être à l'origine de la mutation de l'objet de la neutralité, celui-ci pouvant alors être amené à s'étendre.

²⁰⁴⁴ É. LEPINARD, « Malaise dans le concept : Différence, identité et théorie féministe », *Cahiers du Genre*, novembre 2005, n° 2, pp. 107-135.

²⁰⁴⁵ I. BELLIER, « Les droits des peuples autochtones », art. cit., pp. 147-148.

²⁰⁴⁶ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, op. cit., p. 136.

CONCLUSION DU CHAPITRE

619. L'apparition de la neutralité des conséquences dans les États libéraux contemporains ont mis en lumière l'une des transformations majeures du principe de neutralité libérale : la neutralité passive est devenue une neutralité active. L'idéal libéral d'un État minimal, confronté aux failles de la neutralité mises en lumière par ses critiques, s'est trouvé inadapté face à la demande de reconnaissance des différences. La confrontation de l'idéal de neutralité théorisé dans la philosophie politique avec la pratique des États contemporains et l'adaptation du droit et de l'État à la société contemporaine a dévoilé une distance, voire une opposition, entre l'appréhension du concept dans la théorie et sa mise en œuvre pratique. Ce constat montre que le principe de neutralité doit être redéfini en prenant en compte ses mutations issues de la pratique des États contemporains. L'intervention de l'État dans la sphère du Bien en vue d'aboutir à la neutralité des conséquences a non seulement modifié sa mise en œuvre, mais également son objet, qui correspond désormais aux identités. Les critiques postcoloniales ont impulsé une mutation à la fois de la mise en œuvre de la neutralité, par la nécessité pour l'État d'intervenir pour inclure les oubliés de l'universel dans le cadre du Juste, et de l'objet de la neutralité, centré autour des identités. Or, parce qu'elles sont une « construction sociale »²⁰⁴⁷, les identités sont fluctuantes²⁰⁴⁸. La neutralité doit être appréhendée comme un concept mouvant.

620. Toutefois, l'évolution et l'approfondissement du principe de neutralité, dans le contexte du pluralisme, posent la question des limites à l'approfondissement continu du principe de neutralité. Parce qu'elle repose sur la croyance dans le caractère juste de la neutralité, sur la croyance dans sa propre valeur, la neutralité ne peut s'étendre de manière illimitée.

²⁰⁴⁷ D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit., p. 115.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 108.

Chapitre 2. L'approfondissement du principe de neutralité de l'État

« [L]e libéralisme ne peut ni ne doit revendiquer une neutralité culturelle complète. Le libéralisme est aussi un credo de combat. »

Charles Taylor²⁰⁴⁹

621. Les débats politiques et sociaux relatifs à l'identité et à la gestion de la pluralité témoignent, dans la grande majorité des États libéraux, de l'actualité brûlante du concept de neutralité de l'État. Plus encore qu'à l'aube de la modernité, la neutralité de l'État représente le principal objectif de l'État contemporain. Sous l'impulsion de cette actualité et des débats sociétaux, le principe de neutralité de l'État a fait l'objet de plusieurs mutations. Les revendications minoritaires, dans la société civile, et la mise en évidence, par les théoriciens, des failles de la neutralité libérale a eu pour conséquence une recherche, par les pouvoirs publics, d'un *approfondissement* du principe de neutralité, en particulier de sa dimension relative à l'égalité. Les différentes interventions de l'État – qui ont eu pour conséquence une mutation de l'objet de la neutralité – ont pour objectif de permettre à chaque individu de vivre en accord avec son identité. L'identité est alors au cœur de la modernité²⁰⁵⁰ : l'expansion continue de la notion d'identité implique la nécessité d'un État neutre. L'apparition de la neutralité des conséquences marque ainsi, non seulement un renouveau du principe de neutralité, mais une volonté d'approfondissement de celui-ci dans une perspective égalitaire : les individus et groupes autrefois empêchés dans leur identité en raison de l'hégémonie de la majorité retrouvent, peu à peu, avec l'apparition de mesures mettant en place la neutralité des conséquences, la possibilité de vivre en accord avec leur identité. Face au constat de cette mutation, il s'agit de s'interroger sur l'avenir du concept de neutralité.

²⁰⁴⁹ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., pp. 85-86.

²⁰⁵⁰ S. MESURE et A. RENAUT, *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit.

622. Les mesures mettant en place la neutralité des conséquences visent à *corriger* le Juste de manière à inclure les acteurs sociaux oubliés. Toutefois, malgré son expansion, la neutralité rencontre toujours une limite dans le cadre du Juste. La volonté d'approfondissement correspond à une volonté de mettre fin aux injustices dans une perspective de pacification, mais la neutralité ne doit ni mener au relativisme culturel, ni à la balkanisation de la société en une multitude de groupes et de cultures : elle est toujours, en dépit de ses mutations, au service d'une *idéologie* – celle de la paix, de la liberté et de l'égalité – et ainsi, la neutralité de l'État rencontre nécessairement des limites. Le principe de neutralité est, en lui-même, une valeur : il repose sur l'idée libérale selon laquelle il est bon et juste pour l'État d'être neutre. C'est pourquoi l'approfondissement de la neutralité a vocation à améliorer le principe, mais de le faire *dans la mesure du raisonnable* – cette expansion ne pouvant être illimitée. La persistance du cadre du Juste fait obstacle à la transformation du principe de neutralité en relativisme culturel (**Section 1**).

623. La volonté d'approfondir la neutralité dans la mesure du possible a également mené, notamment en Amérique Latine, à une véritable *refondation* du Juste dans une perspective postcoloniale. Les constitutions « transformatrices » d'Amérique Latine donnent en exemple de la pérennité de la neutralité au-delà du paradigme libéral : en effet, la recherche de neutralité a, dans certaines constitutions, mené à une véritable refondation du cadre du Juste incluant des modes de vie non-libéraux, sans remettre en cause les droits fondamentaux. L'exemple du constitutionnalisme latino-américain montre un dépassement des distinctions fondatrices sur lesquelles repose le concept de neutralité de l'État, ce qui interroge sur la pérennité et l'avenir de ce dernier (**Section 2**).

SECTION 1. LA PERENNITE DU CADRE DU JUSTE, OBSTACLE AU RELATIVISME CULTUREL

624. Le multiculturalisme et les différents courants de pensée critiques de l'universalisme abstrait reposent sur la critique du caractère hégémonique de ce dernier et de sa mise en œuvre assimilationniste. Les mesures visant à mettre en place la neutralité des conséquences répondent à la demande de reconnaissance et d'égalité qui découlait de l'insuffisance des droits civils et politiques. Toutefois, ni le concept de neutralité de l'État ni sa mise en œuvre dans les États libéraux contemporains ne reposent sur le relativisme culturel : la neutralité est un principe d'organisation de l'État visant à assurer l'égale liberté des individus dans la recherche de la vie bonne. Parce qu'elle est induite par un idéal, les frontières de la neutralité ne peuvent être repoussées jusqu'à une neutralité « complète » de l'État entre toutes les cultures. Le cadre du Juste demeure indispensable à la mise en œuvre de la neutralité, car c'est l'idéologie du libéralisme qui implique sa nécessité. Parce qu'il est « un credo de combat »²⁰⁵¹, le libéralisme de la neutralité fait obstacle à l'extension de la sphère d'application de la neutralité aux cultures illibérales (§1). Aussi, la neutralité – quel que soit son objet – n'est jamais envisagée comme illimitée, en raison du maintien du cadre sur lequel elle repose (§2).

§1. Les cultures illibérales, limites à l'approfondissement de la neutralité

625. Chez les théoriciens, la neutralité de l'État ne concerne que les conceptions *non controversées* du bien : celles qui sont *raisonnables*. Dans la théorie de J. Rawls, le raisonnable contraint les conceptions du bien acceptables dans le cadre du Juste : il est une « contrainte normative »²⁰⁵². Les accommodements raisonnables, mis en place dans certains pays en vue d'atteindre la neutralité des conséquences, sont également limités par l'adjectif *raisonnable* : il ne peut y avoir d'accommodements pour des pratiques non raisonnables, c'est-à-dire, plus largement, illibérales. Le libéralisme politique, « corrigé » par des mesures mettant en place la

²⁰⁵¹ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., pp. 85-86.

²⁰⁵² D. WEINSTOCK, « Le pluralisme axiologique en philosophie politique contemporaine », art. cit., pp. 71-72.

neutralité des conséquences, contient toujours des valeurs indépassables, qui pour certains constituent la justification nécessairement morale des principes de justice²⁰⁵³.

626. L'expansion de l'objet de la neutralité – à travers la neutralité vis-à-vis des *identités* – et sa mise en œuvre désormais active posent la question des limites à cette extension. La Modernité – et donc la neutralité – a entamé un processus d'égalisation des opportunités, d'acceptation et d'ouverture croissantes aux mœurs et aux identités diverses. Les individus revendiquent le droit de se définir d'une manière qui leur est propre, de sorte qu'il apparaît qu'il n'y a plus de morale commune, ni de mœurs communes. Toutefois, certaines pratiques se heurtant à la frontière du Juste, cette dernière constitue une limite à la liberté pour chacun de choisir son identité et de vivre en accord avec celle-ci. La persistance de frontières à la liberté de choix met en évidence l'aporie du multiculturalisme libéral, en tant qu'il s'oppose au relativisme culturel (I). De fait, dans la pratique des États contemporains, la reconnaissance des identités se heurte aux frontières des droits de l'Homme (II).

I. L'appréhension des cultures illibérales dans le multiculturalisme libéral

627. La pensée décoloniale, et, plus généralement, les courants critiques de la neutralité libérale, parce qu'ils visent – en partie – à déconstruire la manière dont l'État moderne a appréhendé le cadre du Juste, conduisent à un questionnement sur la distinction entre le Juste le Bien. En effet, la critique de la colonisation des identités opérée par l'État moderne induit à une remise en cause des mœurs occidentales comme seules mœurs possibles. L'extension de la neutralité aux identités soulève alors la question des normes relatives aux mœurs et leur évolution. Le consensus autour des valeurs du Juste vacille en raison des attaques répétées contre l'impérialisme des droits de l'Homme. Ce constat soulève la question des conceptions du bien et des cultures dont les valeurs ne correspondent pas aux valeurs fondamentales des sociétés contemporaines. Le fait, pour l'État, de permettre aux individus adhérant à des cultures illibérales de vivre en accord avec leur identité entraînerait des atteintes aux méta-valeurs du Juste, et donc à la préservation du cadre de la neutralité. Aussi, la question de la neutralité vis-à-vis des identités culturelles pose la question de sa désirabilité : si celle-ci implique le relativisme culturel, cela aurait pour conséquence une égalité de traitement entre les cultures, sans prise en compte du degré de compatibilité avec le cadre du Juste. Le relativisme culturel, notamment théorisé par F. Boas, repose sur « un principe éthique qui affirme la dignité de

²⁰⁵³ D. WEINSTOCK, « Le pluralisme axiologique en philosophie politique contemporaine », art. cit.

chaque culture et prône le respect et la tolérance à l'égard des cultures différentes », chaque culture ayant « droit à l'estime et à la protection, si elle est menacée »²⁰⁵⁴. Il peut alors désigner, dans l'une de ses acceptions, « un principe éthique, qui préconise la neutralité à l'égard des différentes cultures », ce qui revient à affirmer « la valeur intrinsèque de chaque culture »²⁰⁵⁵. Pour J. Raz, la question des cultures illibérales dont les groupes porteraient atteinte à l'autonomie de leurs membres, les empêchant par exemple de le quitter, est l'une des sources de « doute des libéraux sur le multiculturalisme »²⁰⁵⁶. Il y a un « conflit inévitable » entre le respect de l'ensemble des cultures que prône le multiculturalisme, et l'imposition, à l'ensemble des cultures, du primat de la liberté individuelle à l'ensemble des cultures²⁰⁵⁷.

628. Si le multiculturalisme soulève la question du traitement des cultures illibérales, la réponse apportée n'est pas la même selon les auteurs. Par exemple, pour C. Kukathas, qui soutient une « position extrême »²⁰⁵⁸, le multiculturalisme *repose* sur le relativisme culturel. Il estime notamment qu'il faut s'abstenir de tout jugement de valeur à l'égard des groupes, et de fait, l'État n'a pas à intervenir dans le fonctionnement des groupes ni dans leurs valeurs, quand bien même celles-ci seraient illibérales²⁰⁵⁹. Il prône donc une certaine neutralité de l'État, au sens de non-intervention et de tolérance, car l'État ne devrait pas intervenir, même pour faire respecter les principes fondateurs du libéralisme tels que la liberté ou l'égalité, ou encore l'autonomie. L'État doit uniquement garantir le droit de libre association²⁰⁶⁰. L'auteur reproche précisément aux multiculturalistes libéraux l'aporie du multiculturalisme libéral consistant à ne tolérer que les cultures déjà libérales. Par conséquent, selon lui, leur approche « ne garantit pas assez de tolérance aux communautés minoritaires » car ils « présupposent l'existence d'un point de vue commun sur la moralité »²⁰⁶¹. Il remet donc directement en cause le cadre du Juste²⁰⁶², la justice n'étant « même pas nécessaire »²⁰⁶³. Pour W. Kymlicka, le multiculturalisme reposant sur le relativisme culturel correspond au « modèle traditionaliste » du multiculturalisme, selon lequel « chaque groupe doit être en mesure de pratiquer ses propres coutumes (y compris ses

²⁰⁵⁴ D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit., p. 25.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 159.

²⁰⁵⁶ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 173 (traduction libre).

²⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 182 (traduction libre).

²⁰⁵⁸ S. GUERARD DE LATOUR, « Justice et multiculturalisme libéral », art. cit., p. 37.

²⁰⁵⁹ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 221.

²⁰⁶⁰ Pour D. Weinstock, dans la théorie de C. Kukathas, le « seul droit qu'aurait à protéger l'État libéral serait le droit de la libre association, qui aurait pour fonction de garantir que la participation des individus à tel ou tel groupe se fait de manière purement volontaire, en l'absence de toute coercition » (D. WEINSTOCK, « La neutralité de l'État en matière culturelle est-elle possible ? », art. cit., p. 369).

²⁰⁶¹ C. KUKATHAS, *The liberal archipelago: a theory of diversity and freedom*, Oxford political theory, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 125 (traduction libre).

²⁰⁶² *Ibid.*, p. 260.

²⁰⁶³ *Ibid.* (traduction libre).

modes traditionnels d'application des normes et de sanction) qu'elles respectent ou non les principes de liberté individuelle, de droits de l'homme et de démocratie »²⁰⁶⁴. Ce modèle n'est pas envisageable dans le multiculturalisme *libéral* tel qu'il est défendu par W. Kymlicka, C. Taylor, ou J. Raz qui rejettent l'idée d'une égalité totale entre les cultures qui remettrait en question les principes de justice. De même, L. Sosoe défend « l'idée que l'État moderne ne peut traiter à égalité toutes ses composantes culturelles [ce qui] revient à affirmer que certains aspects des cultures n'ont pas et ne doivent pas même faire l'objet de tolérance dans l'espace public démocratique libéral et *ceci malgré la neutralité de l'État* »²⁰⁶⁵. B. Parekh, qui adopte toutefois une position plus ambiguë²⁰⁶⁶, adhère également à l'idée que certaines valeurs « méritent une allégeance universelle »²⁰⁶⁷. La contradiction entre la reconnaissance des cultures et le rejet de certaines d'entre elles représente la principale difficulté du multiculturalisme libéral : les différents groupes, quelles que soient leurs croyances et leurs visions du monde, ne peuvent être acceptés par l'État qu'en se sécularisant ; ainsi, « une culture communautaire qui accepte, d'une part, de n'être qu'une culture parmi d'autres et, d'autre part, d'être subordonnée à la légitimité démocratique, n'est plus réellement une culture communautaire »²⁰⁶⁸. Ainsi que le formule M. Gauchet, la neutralité – même positive – « ne vaut qu'une fois neutralisée la prétention des religions d'ordonner le domaine collectif »²⁰⁶⁹. Le constat est celui de la pérennité du cadre de la neutralité, qui fait obstacle à une neutralité totale. La difficulté du multiculturalisme libéral est de penser la coexistence d'une diversité de cultures, et la neutralité de l'État par rapport à ces dernières, sans renoncer au cadre du Juste. Cette difficulté englobe à la fois des pratiques explicitement illibérales, et celles de communautés dont les valeurs ne coïncident pas avec les valeurs constitutives des sociétés libérales, sans toutefois porter une atteinte frontale aux libertés fondamentales, c'est-à-dire des valeurs qui, sans correspondre à celles de l'individualisme libéral, sont toutefois raisonnables.

629. L'un des exemples les couramment discutés de l'aporie la tension entre les droits culturels et les droits individuels est celui de la confrontation entre le multiculturalisme et le

²⁰⁶⁴ W. KYMLICKA, « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, janvier 2007, disponible sur <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/1781>.

²⁰⁶⁵ L.K. SOSOE, « Politiques de la reconnaissance, culture et critique du colonialisme au multiculturalisme ? », in *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, p. 424 (nous soulignons).

²⁰⁶⁶ B. Parekh ne renonce pas totalement au relativisme, qu'il entend concilier avec l'universalisme (B.C. PAREKH, *Rethinking multiculturalism*, op. cit., p. 126 et s.).

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 358.

²⁰⁶⁸ L. DE BRIEY, *Le sens du politique : essai sur l'humanisme démocratique*, Bruxelles, Mardaga, 2009, p. 148.

²⁰⁶⁹ M. GAUCHET, « Laïcité », art. cit., p. 144.

féminisme²⁰⁷⁰. Dans la théorie de W. Kymlicka notamment, la reconnaissance des groupes rencontre une limite dans les « contraintes internes », c'est-à-dire qu'un État libéral ne peut tolérer qu'un groupe restreigne les droits de ses membres. Or, c'est précisément le cas de certaines cultures minoritaires quant aux femmes, qui se trouvent privées, par exemple, du droit de vote ou du droit à être scolarisées. La féministe S. M. Okin lui reproche de ne pas prendre en compte le fait que de nombreuses cultures ont un fonctionnement patriarcal parfois insidieux et informel, et que les femmes bénéficieraient d'une extinction de leur groupe d'origine et ou de son évolution vers le respect de l'égalité homme-femme²⁰⁷¹. Or, pour W. Kymlicka, les formes d'oppression insidieuse évoquées par S. M. Okin sont précisément des restrictions internes incompatibles avec sa théorie des minorités²⁰⁷².

630. Les auteurs rattachés au courant du multiculturalisme libéral ont tenté de résoudre, à l'instar de W. Kymlicka, l'aporie du multiculturalisme. Celui-ci oriente l'ensemble de sa théorie du multiculturalisme autour de la défense d'un multiculturalisme conciliable avec les acquis du libéralisme, c'est-à-dire d'un multiculturalisme reconnaissant le droit des groupes sans empiéter sur le cadre du Juste. Pour W. Kymlicka, le multiculturalisme, pour être libéral, doit présenter des limites qui sont celles des droits individuels :

« Les principes fondamentaux du libéralisme correspondent bien entendu, aux principes de la liberté individuelle. Les libéraux ne peuvent donc soutenir les droits des minorités que dans la mesure où ceux-ci ne contrecarrent pas le respect dû à la liberté ou à l'autonomie de l'individu. »²⁰⁷³

Il pose donc comme point de départ le *maintien* des méta-valeurs libérales²⁰⁷⁴. Il traite, en particulier, de la question des limites aux droits culturels dans le chapitre « La tolérance et ses limites » dans son ouvrage *La citoyenneté multiculturelle*, dans lequel il aborde le cas où « les revendications de certains groupes outrepassent les limites de la tolérance libérale »²⁰⁷⁵. L'auteur explique les deux limites fondamentales aux droits des minorités : un système accordant des droits aux minorités respecte le cadre libéral dès lors qu'il garantit « la *liberté au sein* du groupe minoritaire et [...] l'*égalité entre* les groupes minoritaires et majoritaires »²⁰⁷⁶,

²⁰⁷⁰ S.M. OKIN *et al.*, *Is multiculturalism bad for women?*, *op. cit.* ; M. NUSSBAUM, *Sex & social justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

²⁰⁷¹ S.M. OKIN *et al.*, *Is multiculturalism bad for women?*, *op. cit.*

²⁰⁷² W. KYMLICKA, « Liberal complacencies », in *Is Multiculturalism Bad For Women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 31-34.

²⁰⁷³ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁷⁴ Voir *supra*, § 497 et s.

²⁰⁷⁵ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, *op. cit.*, p. 217.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 218.

c'est-à-dire qu'une société libérale ne doit pas tolérer le fait pour un groupe de restreindre les droits civils et politiques de ses membres, et ne doit pas non plus tolérer des revendications minoritaires permettant « à un groupe d'en opprimer ou d'en exploiter un autre »²⁰⁷⁷. Dans l'objectif de concilier les droits culturels et les droits individuels, W. Kymlicka opère une distinction importante entre les « protections extérieures » et les « restrictions internes », en indiquant que seules les premières peuvent exister dans un cadre libéral. Les restrictions internes correspondent aux restrictions opposées par le groupe à ses membres. Les protections externes sont celles du groupe par rapport à l'État. Il ne peut donc y avoir de restrictions internes dans un État libéral car chaque individu doit pouvoir choisir – et changer – librement sa conception du bien. W. Kymlicka s'oppose donc explicitement aux cultures illibérales. La distinction entre les protections extérieures et les restrictions internes permet de penser un multiculturalisme *libéral*, c'est-à-dire respectueux de l'autonomie individuelle et des droits et libertés.

631. J. Raz identifie, quant à lui, principalement quatre limites que doit appliquer le multiculturalisme libéral :

« Premièrement, toutes les communautés culturelles devraient se voir refuser le droit de réprimer leurs propres membres. Cela s'applique aussi bien à l'homophobie chez les Allemands de souche qu'à la circoncision féminine chez les immigrants somaliens. Deuxièmement, aucune communauté n'a le droit d'être intolérante à l'égard de ceux qui n'en font pas partie. [...] Troisièmement, la possibilité de quitter sa communauté doit être une possibilité pour les membres du groupe. [...] Enfin, le multiculturalisme libéral exigera de tous les groupes qu'ils permettent à leurs membres d'accéder à des opportunités à la fois dans leur vie personnelle et dans la participation à la vie économique du pays, et de cultiver les attitudes et les compétences requises pour une participation efficace à la vie politique de l'État. »²⁰⁷⁸

Pour J. Raz, le multiculturalisme doit garantir un « droit de sortie » pour les membres des groupes. Il considère avec W. Kymlicka, que les cultures illibérales seront amenées à changer dans un État libéral, par la pression de la société en elle-même²⁰⁷⁹. Dans le multiculturalisme, le respect des cultures par l'État est conditionné par le respect de la liberté par ces cultures²⁰⁸⁰. De même, chez W. Kymlicka, le « droit de sortie » est essentiel à la perspective libérale du droit des minorités, car son absence correspond à une restriction interne

²⁰⁷⁷ *Ibid.*

²⁰⁷⁸ J. RAZ, « Multiculturalism », art. cit., p. 199.

²⁰⁷⁹ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 180 (traduction libre).

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, pp. 181-182 (traduction libre).

incompatible avec le cadre libéral. Le droit de sortie est alors « vital »²⁰⁸¹ pour que le multiculturalisme soit libéral.

632. La conciliation entre droits individuels et droits des minorités correspond, pour certains auteurs, à une « victoire à la Pyrrhus », car elle aurait pour conséquence que les droits des minorités « ne correspondent plus aux buts poursuivis par les groupes minoritaires »²⁰⁸². Le paradoxe est ainsi formulé par W. Kymlicka :

« Tant que ces minorités ne cherchent pas à imposer leurs valeurs à d'autres groupes, ne devrait-on pas les laisser organiser leur société comme elles l'entendent, quand bien même cela équivaldrait à limiter la liberté de leurs membres ? Au fond, n'est-ce pas fondamentalement la marque de l'*intolérance* que de forcer une minorité nationale ou une secte religieuse paisibles – qui ne constituent une menace pour personne à l'extérieur du groupe – à réorganiser sa communauté en fonction de « nos » principes libéraux de liberté individuelle ? »²⁰⁸³

Pour l'auteur, il n'est pas plus légitime pour un État de contraindre une minorité nationale au respect des droits individuels que de contraindre un État étranger à adhérer au libéralisme politique²⁰⁸⁴. Le respect des principes libéraux par des minorités ayant des pratiques illibérales ne doit pas venir de la force, mais de l'argumentation et d'une recherche de compromis, car seule l'adhésion véritable aux convictions libérales est efficace et pérenne. Toutefois, il place une limite à la non-intervention par la force, en cas de « violations flagrantes et systématiques des droits de la personne, tels que l'esclavage ou le génocide, la torture à grande échelle et l'expulsion »²⁰⁸⁵. Or, cette limite n'est pas totalement claire. Pour l'auteur, « il faut considérer ici un certain nombre de facteurs, notamment l'ampleur des violations des droits au sein de la communauté, le degré de consensus qui y règne quant à la légitimité des limites qu'on y impose aux droits individuels, la possibilité pour les dissidents de quitter le groupe s'ils le désirent et l'existence d'accords historiques avec la majorité »²⁰⁸⁶. Il opère une distinction importante quant à la légitimité d'imposer par la force le respect des principes libéraux : le critère du choix. Il distingue ainsi entre les minorités nationales présentes sur le

²⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 186 (traduction libre).

²⁰⁸² W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 219.

²⁰⁸³ *Ibid.*, p. 220.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 238.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 240.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 241.

territoire²⁰⁸⁷ – tels que les autochtones – des immigrants qui ont fait le *choix* de s'installer dans un pays, et qui doivent, par conséquent, en respecter les normes et principes fondamentaux.

633. Dans le même sens, pour J. Raz, la tension « entre une politique de protection de la pluralité des cultures et la reconnaissance et parfois l'encouragement [du] changement [des cultures illibérales] »²⁰⁸⁸ n'est pas nécessairement problématique car le changement est inhérent aux cultures. Il considère également que, finalement, peu de cultures sont réellement et entièrement libérales, et qu'ainsi la distinction entre culture libérale et culture illibérale est artificielle. De la même manière, pour W. Kymlicka, il n'y a pas de rupture nette entre culture libérale et culture illibérale :

« Le caractère libéral d'une culture est [...] question de degrés. Toutes les cultures possèdent en effet des tendances « antilibérales », tout comme très peu de cultures sont intégralement opposées à l'exercice de la moindre liberté individuelle. De fait, parler de cultures « libérales » et de cultures « antilibérales » peut nous induire en erreur. Le monde n'est pas divisé entre, d'un côté, les cultures pleinement libérales et, de l'autre, les cultures intégralement antilibérales. Dans toute société, les réformes libérales restent inachevées et il serait ridicule de prétendre que seules les nations purement libérales sont dignes de respect, tandis que les autres devraient être éradiquées. »²⁰⁸⁹

Pour l'auteur, l'attitude à adopter pour un État libéral face à une culture sociétale antilibérale est de la libéraliser. Toutes les cultures ont en effet un passé non libéral, et c'est ainsi « faire preuve d'ethnocentrisme et négliger les leçons de l'histoire que de supposer que toute culture est, par nature, antilibérale et incapable de se réformer elle-même »²⁰⁹⁰. Dans le même sens, C. Taylor estime que chaque culture est certainement digne de respect :

« [O]n pourrait soutenir qu'il est raisonnable de supposer que les cultures qui ont fourni un horizon de pensée à un grand nombre d'êtres humains, de caractères et de tempéraments si divers, pour une longue durée de temps – qui ont, en d'autres termes énoncé leur sens du bien, du sacré, de l'admirable – sont presque certaines de renfermer quelque chose qui mérite notre admiration et notre respect, même si cela s'accompagne de beaucoup d'autres choses que nous serons forcés de détester et de rejeter [...] ce serait une outrecuidance certaine d'écarter cette possibilité *a priori*. »²⁰⁹¹

²⁰⁸⁷ Ces minorités nationales sont des communautés dont la présence préexistait à l'État, et qui étaient donc naguère autonomes.

²⁰⁸⁸ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 180.

²⁰⁸⁹ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., pp. 139-140.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 139.

²⁰⁹¹ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., p. 98.

634. Pour finir, W. Kymlicka relativise l'importance du problème des cultures illibérales : il souligne que les revendications minoritaires et le courant multiculturel n'ont jamais concerné des revendications illibérales, et la volonté de certaines communautés de sortir du libéralisme. En citant tout autant l'exemple des minorités nationales, des Afro-américains aux États-Unis, ou encore des groupes issus de l'immigration, il montre que ces différents groupes n'ont jamais cherché à sortir du cadre libéral. Il évoque le fait qu'au Canada, « personne n'a défendu ni même discuté le modèle traditionaliste [du multiculturalisme] », le multiculturalisme ayant toujours été entendu comme étant « fondé sur (et limité par) les valeurs libérales de liberté individuelle et d'égalité »²⁰⁹². Or, ce sont ces groupes et leurs revendications qui ont mené aux premières politiques multiculturelles²⁰⁹³. Et en effet, les questions que soulève le respect de la diversité des identités ne sont pas aussi problématiques que ne le suggèrent les théories²⁰⁹⁴ : dans la réalité – comme le montre les accommodements raisonnables au Canada par exemple – ce sont des cultures déjà largement sécularisées qui demandent une simple adaptation des règles générales afin de mieux vivre avec leur identité, et non des groupes totalement opposés aux principes libéraux dans leur ensemble, qui n'ont pas – au Canada – fait de demandes de maintien de pratiques illibérales²⁰⁹⁵. La pratique montre que le multiculturalisme ne vise pas à intégrer ni même à s'adapter aux cultures profondément illibérales, mais « vise seulement à ménager, pour les identités minoritaires, une place et une visibilité dans l'espace public qui correspondent à leur importance sociale, voire à faire simplement disparaître les attitudes et les représentations qui sont vécues comme des marques de mépris social »²⁰⁹⁶. Il a donc toujours été conçu « pour des groupes ethniques bien intégrés et dont l'attachement à la démocratie libérale n'était pas mis en doute »²⁰⁹⁷. Pour C. Taylor, ce modèle appelle « naturellement à la défense invariable de *certain*s droits »²⁰⁹⁸, c'est-à-dire qu'il n'est pas conçu de manière à remettre en cause les droits fondamentaux. Le multiculturalisme libéral n'a pas vocation à inclure l'ensemble des cultures.

635. Ainsi l'apport principal de la théorie de W. Kymlicka, comme celle de J. Raz ou de C. Taylor, est de mettre en évidence l'idée que le multiculturalisme n'est pas et ne peut être relativiste, sans quoi il ne peut être libéral, ni même subsister comme forme d'organisation de

²⁰⁹² W. KYMLICKA, « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? », art. cit.

²⁰⁹³ W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., pp. 144-145.

²⁰⁹⁴ Sur ce point, voir aussi : B.C. PAREKH, *Rethinking multiculturalism*, op. cit., p. 362.

²⁰⁹⁵ Voir *supra*, § 533.

²⁰⁹⁶ P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 112.

²⁰⁹⁷ W. KYMLICKA, « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? », art. cit.

²⁰⁹⁸ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, op. cit., p. 83.

l'État²⁰⁹⁹. La neutralité par égalité d'opportunités qui est recherchée à travers la mise en place de différentes mesures ou d'évolution législative – comme la reconnaissance de droits culturels – ne remet pas en cause le socle libéral. Il ne s'agit pas de renoncer à la neutralité, mais de tenter de l'appliquer *autant que possible*, c'est-à-dire dans la sphère du Juste. Parce qu'elle est née de l'individualisme, la neutralité ne peut sortir du postulat de la primauté de l'individu et signifier la neutralité vis-à-vis de cultures ou de pratiques bafouant les droits individuels.

636. Pour la plupart des auteurs, tant que les limites des droits de l'Homme sont respectées, il n'y a pas d'incompatibilité entre la reconnaissance des différences, par la forme par exemple de droits collectifs, et le libéralisme politique. Ces limites doivent être celles des principes de base du libéralisme, c'est-à-dire les droits de l'Homme. Il y a ainsi une pérennité du cadre du Juste, y compris lorsque celui-ci a vocation à être élargi. Le multiculturalisme a vocation à corriger dans la mesure du possible les failles de la neutralité par abstention : il s'agit ainsi d'inclure dans le cadre du Juste des acteurs qui en ont été injustement écartés. Il y a une volonté de poursuivre un idéal de neutralité plus « inclusif », sans néanmoins remettre en cause les fondements de la neutralité et donc du libéralisme. Cette pérennité du cadre du Juste montre que, si la neutralité peut être adaptée dans un sens plus « inclusif » dans une logique de pacification et de réponses aux revendications minoritaires de plus en plus importantes dans les démocraties contemporaines²¹⁰⁰, celle-ci ne peut s'affranchir de ses fondements : la neutralité repose – d'abord et avant tout – sur l'individualisme. Par conséquent, l'individu et ses droits ne peuvent être sacrifiés à la neutralité. Les limites posées au multiculturalisme montrent que l'élargissement de l'idéal de neutralité ne vise pas le relativisme culturel, mais l'égalité et la liberté.

II. Le refus du relativisme culturel dans la pratique des États libéraux contemporains

637. La tension entre la volonté de respecter la diversité culturelle et celle de ne pas porter atteinte aux droits de l'Homme « constitue l'une des logiques essentielles qui porte

²⁰⁹⁹ P. Savidan explique, en se fondant sur la théorie de C. Kukathas, que la neutralité de l'État envers les groupes intolérants mène à l'« anarcho-multiculturalisme », C. Kukathas avouant lui-même qu'« aucun régime réel ne serait disposé à ou en capacité de réaliser (sans parler de maintenir) une telle forme de société » (P. SAVIDAN, « Multiculturalisme libéral et monocolonialisme pluriel », *Raisons politiques*, 2009, vol. 35, n° 3, p. 15).

²¹⁰⁰ S. MANCINI et M. ROSENFELD (éds.), *The conscience wars: rethinking the balance between religion, identity, and equality*, Cambridge, United Kingdom ; New York, NY, USA, Cambridge University Press, 2018.

tous les débats contemporains »²¹⁰¹. Cette tension est au cœur des problématiques relatives à la neutralité et à son évolution : c'est l'importance donnée à l'un ou l'autre de ces objectifs qui va déterminer le cadre de la neutralité. Le mouvement caractéristique des revendications minoritaires consistant à vouloir sortir de l'ethnocentrisme interroge sur le difficile équilibre entre respect des droits de l'homme et respect de la diversité :

« Le pluralisme qui aboutit au relativisme culturel impose de suspendre la possibilité de tout jugement normatif hors de son groupe d'appartenance au nom du respect de l'autre, mais outre l'ambiguïté irrévocable pesant sur les frontières d'une « culture », il transforme le droit à la différence en droit à l'indifférence, renvoyant l'étranger à une altérité radicale, source paradoxale d'infériorisation [...]. À l'opposé, la stricte hiérarchisation des cultures selon leur acceptation des droits de l'homme devient rapidement l'expression d'un ethnocentrisme tout aussi flagrant, l'universalisme auto-affirmé des occidentaux venant assigner comme seul chemin praticable et digne d'être parcouru celui qui mène à la démocratie libérale réformée selon les canons du droit naturel subjectif de portée supranationale. »²¹⁰²

La reconnaissance de droits culturels n'a pas signifié, en droit interne comme en droit international, la remise en cause des droits de l'Homme : ceux-ci représentent une limite explicite à la neutralité vis-à-vis de l'identité culturelle. En effet, à cette question de la tension entre pluralisme culturel et droits de l'Homme, l'article 4 de la Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle de 2004 répond clairement que « [n]ul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'Homme garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée ». De même, les États reconnaissant des droits culturels limitent ces derniers au respect des droits de l'Homme et des constitutions. Au Québec par exemple, la récente loi encadrant les accommodements raisonnables précise que ceux-ci doivent respecter l'égalité homme-femme²¹⁰³. Par conséquent, malgré la reconnaissance croissante de droits culturels, de nombreux rites sont et demeurent interdits dans les États contemporains, précisément en raison des limites posées par les droits de l'Homme, à l'instar de la polygamie, de la répudiation de la femme, de l'excision, du viol rituel, etc. Or, ces pratiques peuvent être essentielles dans certaines cultures. Par exemple, l'excision est fondamentale dans certaines cultures – comme les Bambarass ou les Sininkés au Mali – en ce qu'il est un rite de passage

²¹⁰¹ S. VIBERT, « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », art. cit., p. 17.

²¹⁰² *Ibid.*

²¹⁰³ R-26.2.01 - Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes.

obligatoire pour le mariage²¹⁰⁴. Ces différentes limites posées par les droits de l'Homme sont celles d'atteintes graves et frontales aux droits de la personne. De telles extrémités ne posent guère de difficultés à l'État libéral : ces atteintes graves aux droits de la personne humaine ne peuvent être tolérées par un État protégeant les droits et libertés fondamentaux de l'ensemble des individus.

638. Si la limite aux droits culturels est explicitement déterminée par le droit international et le droit interne, certains cas montrent toutefois la difficulté de l'appréhension de cette limite. Certains groupes, ou certaines pratiques, sont tolérés malgré leur opposition à certaines valeurs libérales – opposition toutefois moins importante que les atteintes frontales aux droits de la personne. Par exemple, le cas des Amish aux États-Unis est fréquemment pris comme exemple d'un groupe qui bénéficie d'une tolérance qui n'existe pas pour d'autres. L'organisation interne de cette communauté va, en effet, partiellement à l'encontre de règles libérales²¹⁰⁵. Bien que la communauté des Amish ne repose pas sur le développement de l'individu et l'autonomie, elle est protégée par l'État libéral. Dans le célèbre arrêt *Yoder*, la communauté Amish demandait une exemption à l'obligation scolaire jusqu'à 16 ans, précisément parce que la scolarisation et la confrontation que celle-ci engendrait avec d'autres conceptions du bien avait pour conséquence que les enfants Amish étaient au contact d'autres modes de vie, ce qui pourrait les pousser à quitter la communauté²¹⁰⁶. Or, « [l]a caractéristique des États libéraux concerne [...] davantage *la formation et la révision* des conceptions individuelles du bien que la simple poursuite des conceptions finalement choisies »²¹⁰⁷. L'un des objectifs de l'école est précisément de présenter les différents modes de vie, et surtout, de montrer que chaque individu est libre d'en choisir et d'en changer, la société libérale étant celle favorisant l'autonomie et la liberté individuelle. Le fait d'autoriser une communauté à refuser cette autonomie aux enfants représente une atteinte, pourtant tolérée, aux valeurs du Juste. À l'instar des Amish, les juifs hassidiques, aux États-Unis, bénéficient d'une tolérance qui n'existe pas pour d'autres groupes. Depuis leur arrivée sur le territoire américain, ces deux communautés ont été exempté du respect de certains principes libéraux, ce qui rend le traitement de ces situations plus complexes²¹⁰⁸. Pour W. Kymlicka, « [l]'idée fort répandue

²¹⁰⁴ M. LEFEUVRE-DEOTTE, *L'excision en procès : un différend culturel ?*, coll. « Logiques sociales », Paris, L'Harmattan, 1997.

²¹⁰⁵ J. SPINNER-HALEV, *The boundaries of citizenship: race, ethnicity, and nationality in the liberal state*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1994, p. 98.

²¹⁰⁶ *Ibid.*, Chap. 5.

²¹⁰⁷ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, *op. cit.*, p. 122 (nous soulignons).

²¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 241.

selon laquelle les musulmans seraient spécifiquement illibéraux repose souvent sur un préjugé qui conduit à condamner les groupes musulmans pour des pratiques et des croyances que l'on trouve et que l'on tolère au sein de groupes chrétiens conservateurs »²¹⁰⁹. Les limites aux droits culturels ne seraient alors pas les mêmes pour tous les groupes. Dans le même sens, la question de la circoncision rituelle, largement tolérée malgré des atteintes évidentes aux droits de l'homme²¹¹⁰, soulève la question d'un traitement distinct selon les groupes concernés : la circoncision, exigée par deux des grandes religions monothéistes, n'est pas, par exemple, traitée de la même manière que l'excision²¹¹¹. Cette différence de traitement porte atteinte à la neutralité de l'État²¹¹². Pour G. Calvès, en France, la circoncision rituelle « ne donne lieu à aucune poursuite pénale, et elle se trouve même indirectement intégrée au droit commun, puisque les juges acceptent de réparer les éventuels dommages qui peuvent en résulter : la responsabilité d'un médecin ou d'un rabbin peut être engagée devant le juge civil ; celle d'un centre hospitalier peut l'être devant le juge administratif »²¹¹³. L'auteure en tire la conséquence qu'il est possible de « penser que c'est seulement lorsque les prescriptions de la loi pénale contrarient frontalement les préceptes de “grandes” religions que les pouvoirs publics tolèrent, parfois, qu'elle ne soit pas appliquée »²¹¹⁴. Toutefois, en 2012, le Tribunal de Cologne a qualifié la circoncision d'un mineur d'atteinte à l'intégrité physique²¹¹⁵, signant la fin de l'accord implicite de l'État allemand au sujet de la circoncision, et entamant alors un vif débat dans le pays. De même, sont tolérées, malgré leur incompatibilité avec les valeurs libérales, « certaines réserves indiennes aux États-Unis dont la légitimité politique est fondée sur des principes religieux qui excluent toute liberté de conscience »²¹¹⁶. Certaines pratiques illibérales sont donc

²¹⁰⁹ W. KYMLICKA, « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », art. cit., p. 146.

²¹¹⁰ R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2044 et s.

²¹¹¹ C.L. BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un « vivre ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, avril 2016, vol. 92, n° 1, p. 83 et s. : L'auteur revient sur la différence de traitement entre l'excision et la circoncision en France.

²¹¹² Le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a par exemple observé que l'article 18 du Pacte international sur les droits civils et politiques, qui protège la liberté de pensée, de conscience et de religion, n'était « pas limité, dans son application, aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles » et a fait part de sa préoccupation vis-à-vis de « toute tendance à faire preuve de discrimination à l'encontre d'une religion ou d'une conviction quelconque pour quelque raison que ce soit, notamment parce qu'elle est nouvellement établie ou qu'elle représente des minorités religieuses susceptibles d'être en butte à l'hostilité d'une communauté religieuse dominante » (Observation générale n°22 relative à l'article 18 du Pacte, CCPR/C/21/Rev. 1/add. 4, 20 juillet 1993 au para 4, citée par J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », art. cit., pp. 389-390).

²¹¹³ G. CALVÈS, *La laïcité*, op. cit., pp. 55-56.

²¹¹⁴ *Ibid.*, p. 56.

²¹¹⁵ Landgericht Köln, 7 mai 2012, 151 Ns 169/11. Sur cette décision : R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », art. cit.

²¹¹⁶ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., p. 140.

tolérées en raison d'un consensus social, le plus souvent expliqué par la préexistence de ces pratiques à l'instauration même de l'État. Cette distinction selon l'importance ou l'ancienneté du groupe est au cœur de la théorie de W. Kymlicka : dans le cas des Amish, la jurisprudence aurait été plus « conciliante » car cette communauté est installée depuis plusieurs siècles et vit de manière pacifique avec le reste de la société.

639. Si certaines pratiques culturelles ou représentations du monde sont acceptées dans l'État libéral tout en ne reposant pas sur l'individualisme libéral, c'est parce qu'elles ne portent pas – dans la majorité des cas – d'atteintes *déraisonnables* aux droits fondamentaux. Toutefois, la volonté contemporaine d'approfondir continuellement l'idée de neutralité pose la question des limites futures à cet approfondissement. En effet, dans des sociétés de plus en plus multiculturelles, se pose la question des différents rites et traditions culturels en désaccord avec les méta-valeurs des sociétés contemporaines. Si la neutralité culturelle trouve ses limites dans les droits de l'Homme, différents exemples soulèvent la question de l'évolution de cet équilibre entre droits de l'Homme et neutralité culturelle. La « défense par la culture »²¹¹⁷, qui a pu être observée dans différents pays libéraux, montre des bribes de relativisme culturel dans la justice, et ainsi d'affaires dans lesquelles les limites des droits de l'Homme ont été fragilisées. Dans une affaire de 1985 s'étant déroulée en Californie²¹¹⁸, l'affaire du « mariage par capture », un argument fondé sur la culture a été soulevé. Il s'agissait en l'espèce d'un homme appartenant à une minorité ethnique – les Hmong – ayant capturé, violé et séquestré une jeune fille de la même ethnique. La défense avait soulevé un argument culturel en expliquant que l'accusé avait agi conformément à sa culture, dans laquelle existe une coutume de « mariage par capture », qui consiste donc en une capture de la mariée, qui est supposée faire preuve de résistance pour prouver sa vertu. En se référant à cette coutume, la défense a soulevé l'argument selon lequel l'accusé avait agi de bonne foi en pensant que la jeune fille était consentante. Le juge a condamné l'accusé à une peine moindre qu'habituellement en cas de viol et de kidnapping, et a déclaré qu'il « aurait du mal à exclure tout témoignage ou information culturelle qui pourrait l'aider à comprendre le comportement de l'homme »²¹¹⁹. De même, dans une affaire de 1994

²¹¹⁷ S. SONG, « La défense par la culture en droit américain », *Critique internationale*, 2005, n° 3, pp. 61-85 ; D.L. COLEMAN, « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberal's Dilemma », *Columbia Law Review*, 1996, vol. 96, pp. 1093-1167 ; S.M. OKIN *et al.*, *Is multiculturalism bad for women?*, *op. cit.* ; S.M. OKIN, « Feminism and Multiculturalism: Some Tensions », *art. cit.* ; A.D. RENTELN, *The cultural defense*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2005 ; A.D. RENTELN, « The Use and Abuse of the Cultural Defense », *Canadian Journal of Law and Society*, 2005, vol. 20, n° 1, pp. 47-67 ; L. VOLPP, « (Mis)Identifying Culture: Asian Women and the "cultural defense" », *Harvard Women's Law Journal*, 1994, vol. 17, pp. 51-101.

²¹¹⁸ *People v. Moua*, Record of Court Proceeding, n°315972-0 (Fresno County Superior Court, 7 février 1985).

²¹¹⁹ *Ibid.*, cité par S. BILGE, « Behind the "Culture" Lens. Judicial Representations of Violence Against Minority Woman », *Canadian Woman Studies*, 2006, vol. 25, p. 175 (traduction libre).

s'étant déroulée au Canada, jugée par la Cour municipale de Montréal, la juge Verreault avait retenu une peine très inférieure à la peine maximale dans une affaire de viol sur mineure, en justifiant sa décision par le fait que l'accusé, de confession musulmane, avait « protégé sa victime » en la sodomisant afin de préserver sa virginité, laquelle est valorisée dans la religion musulmane :

« Les circonstances atténuantes sont [...] le fait que l'accusé n'a pas eu de relations sexuelles normales et complètes avec la victime, c'est-à-dire des relations sexuelles vaginales, pour être plus précis, afin de pouvoir préserver sa virginité, qui semble être une valeur très importante dans leur religion. Nous pouvons dire que, d'une certaine manière, l'accusé a épargné sa victime. »²¹²⁰

Si cette décision a été annulée par la Cour d'appel du Québec, et que de nombreuses plaintes ont été déposées à l'encontre de la juge Verreault²¹²¹, elle témoigne néanmoins de ce que pourrait devenir la neutralité culturelle – ou dans ce cas le relativisme culturel – si les frontières du Juste étaient redéfinies en fonction de celle-ci. Toutefois, les cas présentés sont des cas limites. La défense par la culture correspond à l'extension de l'approche multiculturaliste au juge, qui, à la manière des accommodements raisonnables, n'a pas vocation à s'étendre aux cas extrêmes, ainsi que le témoigne les vives controverses qui ont suivies ces affaires. Si cette stratégie de défense par la culture existe dans les pays à tradition multiculturalistes, elle est totalement ignorée en France²¹²². Malgré quelques exemples, largement décriés, de relativisme culturel dans la défense par la culture²¹²³, la neutralité culturelle rencontre ses limites dans le cadre libéral des droits de l'Homme. L'État est donc neutre vis-à-vis des cultures libérales, ce qui exclut les cultures illibérales du cadre de la neutralité.

640. Malgré ces limites, l'apparition de la neutralité culturelle témoigne d'une volonté de corriger ce qui est possible d'être corrigé dans la sphère du Juste, et témoigne ainsi du caractère prescriptif de la neutralité. La mutation de l'objet de la neutralité vers la prise en

²¹²⁰ *People v. Moua*, Record of Court Proceeding, n°315972-0 (Fresno County Superior Court, 7 février 1985), cité par S. BILGE, « Behind the “Culture” Lens. Judicial Representations of Violence Against Minority Woman », *op. cit.*, p. 176 (traduction libre).

²¹²¹ S. BILGE, « Behind the “Culture” Lens. Judicial Representations of Violence Against Minority Woman », *art. cit.*, pp. 176-177.

²¹²² A. WYVEKENS, « La justice et la “diversité culturelle”. Au pays des aveugles ? », in *Penser la science administrative dans la post-modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2013, pp. 335-346.

²¹²³ Pour des exemples de « défense culturelle », voir : M.-C. FOBLETS et A.D. RENTELN (éds.), *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oñati international series in law and society, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009 ; A.D. RENTELN, *The cultural defense*, *op. cit.*

compte de neutralité culturelle témoigne, surtout, d'une volonté d'une meilleure prise en compte des identités dans la mise en œuvre de la neutralité. Elle n'enlève en rien le paradoxe inhérent à la neutralité, qui correspond à l'impossibilité d'une neutralité totale qui mettrait fin à la possibilité de faire société.

§2. Le maintien du cadre du Juste, conséquence de la raison d'être de la neutralité

641. Le maintien du cadre du Juste, chez les théoriciens du multiculturalisme libéral, comme dans la pratique des États libéraux, qui se traduit par des limites infranchissables opposées à certaines pratiques culturelles illibérales, témoigne du fait que la neutralité de l'État, et son approfondissement induit par ses différentes mutations, reposent sur la croyance libérale selon laquelle seul un État neutre pourrait être légitime. Aussi, le maintien du cadre du Juste, et l'intolérance face aux pratiques illibérales, sont la conséquence de la raison d'être de la neutralité : la coexistence pacifique des individus. L'élargissement du principe de neutralité ne répond pas à une logique de relativisme culturel, mais à une logique de justice (I) et de pacification (II).

I. Une logique de justice

642. En 1998, l'Australie a instauré le « National Sorry Day » – la journée nationale du pardon – dans une optique de repentance envers les politiques naguère appliquées aux Aborigènes. À partir des années 1990, plusieurs pays ont également présenté leurs excuses pour les injustices passées commises à l'égard de groupes minoritaires. Dans un livre intitulé *Rights from wrongs : a secular theory of the origins of rights*, A. Dershowitz soutient la thèse selon laquelle ce sont les grandes injustices qui sont la source des droits²¹²⁴. Ce sont l'expérience et l'apprentissage des erreurs qui ont peu à peu façonné les contours du Juste. Le tort causé à différents groupes par le passé est à la source des revendications minoritaires : il s'agit, pour l'État contemporain, de prendre acte de l'insuffisance de la neutralité passive et de l'indifférence aux différences dans la réparation des préjudices subis ayant des conséquences

²¹²⁴ A.M. DERSHOWITZ, *Rights from wrongs: a secular theory of the origins of rights*, New York, Basic Books, 2004.

actuelles pour les groupes en question. Pour C. Audard, ce sont « l'histoire et ses injustices » qui sont au cœur des « demandes de reconnaissance et de réparation »²¹²⁵, la justification des revendications étant « dans le passé, dans les drames, les exclusions ou les persécutions qui ont été commis à l'égard de certains groupes »²¹²⁶. Les revendications minoritaires sont le fait d'injustices passées, mais également de leurs conséquences sur les opportunités des personnes ayant fait « l'expérience de l'injustice »²¹²⁷ ou leurs descendants. Elles sont donc le fait d'*injustices*, et nécessitent « d'intégrer la question de l'identité dans celle de la justice »²¹²⁸. Ainsi que le formule E. Renault, « en revendiquant leurs identités collectives, les individus s'opposent explicitement aux dynamiques sociales qui soit induisent une injustice sociale relevant du déni de reconnaissance de certaines identités collectives, soit ne peuvent être représentées collectivement comme injustices que grâce aux identités collectives »²¹²⁹. Les luttes contre l'injustice sont donc au cœur du multiculturalisme libéral et des critiques opposées au libéralisme de la neutralité. En effet, les courants de pensée comme la *Critical Race Theory* ou la critique féministe dénoncent avant tout les injustices que ces groupes ont subies et subissent encore : c'est précisément en raison de ces injustices que la reconnaissance est nécessaire. Dans le multiculturalisme libéral, il s'agit, pour l'État, d'agir en vue de réparer ces injustices. Pour B. Parekh, par exemple, si l'État continuait d'adopter le modèle de la « théorie dominante de l'État »²¹³⁰ sur laquelle il repose depuis le XVI^e siècle, « il deviendrait un instrument d'injustice, d'oppression et même de désordre »²¹³¹. Aussi, la dénonciation du caractère biaisé de la neutralité au détriment des minorités témoigne de l'exigence de justice attachée au principe de neutralité de l'État et à son élargissement.

643. L'idée de réparation des injustices est au cœur de l'ouvrage d'A. Renaut, *Un humaniste de la diversité*, dans lequel il cible explicitement l'idée de diversité comme « repentance de la conscience moderne » : l'idéologie de la diversité témoigne alors « d'une sorte de culpabilisation rétrospective, éprouvée par notre conscience collective »²¹³². L'auteur considère toutefois qu'il est « absurde [d']imaginer que nous puissions réparer la souffrance et

²¹²⁵ C. AUDARD, « L'idée de citoyenneté multiculturelle et la politique de la reconnaissance », art. cit., p. 25.

²¹²⁶ *Ibid.*, p. 26.

²¹²⁷ E. RENAULT, *L'expérience de l'injustice : reconnaissance et clinique de l'injustice*, coll. « Armillaire », Paris, La Découverte, 2004.

²¹²⁸ *Ibid.*, p. 264.

²¹²⁹ *Ibid.*, p. 280.

²¹³⁰ B. Parekh définit la « théorie dominante de l'État » comme celle dans laquelle « l'État devrait être culturellement homogène et posséder une seule identité, une seule source de souveraineté, un peuple unique et homogène, un seul système de lois, un système uniforme de droits et d'obligations, une conception uniforme de la citoyenneté et ainsi de suite » (B. PAREKH, « Sociétés multiculturelles et crise de l'État-nation », art. cit., p. 137).

²¹³¹ *Ibid.*

²¹³² A. RENAULT, *Un humanisme de la diversité*, op. cit., pp. 14-15.

l'injustice passées par des injustices et par des souffrances présentes »²¹³³. De même, dans sa théorie du multiculturalisme, W. Kymlicka évoque à plusieurs reprises l'idée que les droits minoritaires sont justifiés par le fait qu'ils ont pour objectif de compenser les injustices passées. Il indique notamment qu'une « théorie libérale du multiculturalisme vise à garantir pour chaque citoyen *que justice lui soit rendue*, en protégeant d'une part les groupes minoritaires des injustices commises par le groupe dominant et, d'autre part, en protégeant les individus des injustices commises par les membres ou les dirigeants de leur groupe d'appartenance »²¹³⁴. Sa théorie est fondée sur l'idée d'une insuffisance de la neutralité libérale dans la réparation des injustices, et, en particulier, sur l'idée que la neutralité passive *renforce* ces injustices et ces inégalités. Dans le même sens, C. Taylor lie le besoin de reconnaissance à la thèse selon laquelle « notre identité est partiellement formée par la reconnaissance ou par son absence, ou encore par la mauvaise perception qu'en ont les autres : une personne ou un groupe de personnes peuvent subir un dommage ou une déformation réelle si les gens ou la société qui les entourent leur renvoient une image limitée, avilissante ou méprisable d'eux-mêmes »²¹³⁵. Le défaut de reconnaissance – tel que celui qu'ont subi par exemple les femmes et les Noirs – « peut infliger une cruelle blessure, en accablant ses victimes d'une haine de soi paralysante »²¹³⁶. La reconnaissance permet alors de réparer le « péché majeur » contre l'authenticité que fut l'assimilation²¹³⁷. De même, J. Raz évoque le fait qu'en minimisant les autres cultures au détriment de la culture majoritaire, l'État peut « bless[er] et port[er] atteinte » à la dignité des individus²¹³⁸, et considère que le multiculturalisme est « l'un des courants de la pensée politique moderne qui tente de réparer une partie des dommages causés par le nationalisme », dont l'idéologie a causé « de nombreux actes d'oppression »²¹³⁹. B. Parekh considère également que « c'est faire injustice » aux minorités, en l'occurrence les indigènes, que de ne pas prendre en compte leur spécificité en leur appliquant les décisions de la majorité²¹⁴⁰. Reconnaître les blessures, et les injustices historiques en général, est essentiel à la reconnaissance de l'identité : ainsi que le formule J. Waldron, « puisque les communautés contribuent à générer un sentiment d'identité plus profond pour les individus qui les composent, négliger ou effacer la mémoire

²¹³³ A. RENAUT, « Le multiculturalisme est-il un humanisme ? », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine : démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », [Sainte-Foy, Québec] ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, p. 120.

²¹³⁴ W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, *op. cit.*, p. XII (nous soulignons).

²¹³⁵ C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, *op. cit.*, p. 41.

²¹³⁶ *Ibid.*, p. 42.

²¹³⁷ *Ibid.*, p. 57.

²¹³⁸ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 177 (traduction libre).

²¹³⁹ J. RAZ, « Multiculturalism », art. cit., p. 195 (traduction libre).

²¹⁴⁰ B. PAREKH, « Sociétés multiculturelles et crise de l'État-nation », art. cit., p. 141.

historique est une façon de saper et d'insulter les individus également »²¹⁴¹. La reconnaissance des identités suppose donc la prise en compte et la reconnaissance d'injustices passées. Les revendications minoritaires mettent en avant la nécessité pour le libéralisme politique de s'enrichir d'un « principe de réparation historique », celui-ci étant absent des premières théorisations de la neutralité et notamment de la justice comme équité de J. Rawls²¹⁴².

644. L'apparition de la neutralité des conséquences répond à la volonté de résoudre les discriminations *systémiques* : en l'absence de volonté de discriminer, il subsiste des inégalités dans les opportunités résultant d'injustices historiques qu'il s'agit désormais de réparer en intervenant pour aligner les opportunités des minorités sur celles de la majorité. Chez les théoriciens critiques du caractère biaisé de la neutralité libérale²¹⁴³, une partie – en particulier les auteurs multiculturalistes – en tire la conclusion de la *responsabilité de l'État* dans la réparation des injustices : l'État étant alors considéré comme responsable des inégalités structurelles, il lui revient d'y remédier. De nombreux mécanismes visant à la mise en place de la neutralité des conséquences témoignent de cette logique de réparation, de manière plus ou moins explicite. De la mise en œuvre de la neutralité des conséquences dans la réalité pratique des États libéraux – comme en témoigne l'exemple particulièrement probant de la discrimination positive – découle l'idée d'un « devoir de réparation »²¹⁴⁴. La *Critical Race Theory* et la critique féministe ont mis en lumière le fait que les injustices du passé n'ont pas cessé avec la fin des discriminations explicites : certains groupes subissent encore des injustices, en particulier celle de ne pas bénéficier des mêmes opportunités que la majorité, que les mesures de discrimination positive visent à réparer. L'oppression qu'il s'agit de réparer n'est pas nécessairement subie par un groupe minoritaire : c'est le cas des femmes notamment, qui font l'objet de différentes mesures de discrimination positive dans différents États sans représenter, par leur nombre, un groupe minoritaire. C'est également le cas des Noirs en Afrique du Sud, qui représentent la population majoritaire, et qui furent l'objet de mesures de discriminations positives introduites à la fin de l'apartheid visant explicitement les groupes en fonction de leur origine ethnique à des fins de réparation de la discrimination subie pendant l'apartheid²¹⁴⁵. D'autres mesures mettant en place la neutralité des conséquences, à l'instar de

²¹⁴¹ J. WALDRON, « Superseding Historic Injustice », *Ethics*, 1992, vol. 103, n° 1, p. 6 (traduction libre).

²¹⁴² E.I. KELLY, « The Historical Injustice Problem for Political Liberalism », *Ethics*, 2017, vol. 128, n° 1, p. 75 (traduction libre).

²¹⁴³ Voir *supra*, § 167 et s.

²¹⁴⁴ J.-C. POIZAT, « Réparer les dégâts historiques de la modernité ? Du culpabilisme au relativisme », *Le Philosophoire*, 2003, vol. 1, n° 19, pp. 63-70.

²¹⁴⁵ É. CEDIEY, « Comment l'affirmative action vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, 2002, vol. 17, n° 4, pp. 145-158.

la reconnaissance des langues minoritaires ou de la création de nouveaux jours fériés, visent à réparer les injustices inhérentes à l'assimilation des minorités à la majorité. Ainsi, lorsque la Nouvelle-Zélande crée, en juin 2022, un jour férié, le « Marariki » – le Nouvel An Maori – elle s'inscrit dans une logique de réparation du mal passé à l'égard des Maoris. Le chercheur à l'origine de la création de ce jour férié, R. Matamua – qui était à la présidence du Comité consultatif Matariki – déclare que, avant la création de ce jour férié, c'est-à-dire « depuis les années 1870, qui veut fêter le Matariki, le nouvel an Maori, le fait sur son temps personnel »²¹⁴⁶. De manière analogue, la reconnaissance de langues minoritaires témoigne de cette volonté de réparation des injustices, car leur disparition a souvent fait l'objet d'une volonté de l'État d'instaurer une langue unique, à l'instar de l'imposition forcée du français ayant conduit à la disparition des langues régionales²¹⁴⁷. Sur ce sujet, W. Kymlicka démontre, dans la plupart de ses écrits, que la langue officielle, lorsqu'elle est unique, crée une injustice à l'encontre des minorités, et que la seule manière de rétablir l'égalité d'opportunité est de reconnaître plusieurs langues officielles. Dans le cas des politiques visant à intégrer une langue minoritaire comme langue officielle, à l'instar de la Bolivie qui reconnaît trois langues officielles parmi lesquelles deux langues indigènes (quechua et aymara), la neutralité des opportunités vise là encore à réparer une injustice, en permettant aux minorités de vivre et de travailler dans leurs propres langues, sans être obligées de parler la langue majoritaire.

645. La reconnaissance des injustices et des « victimes de l'histoire » est, en particulier, le fait des lois mémorielles. Depuis la fin du XX^e siècle, les considérations relatives à la mémoire officielle et aux demandes mémorielles ont opéré un tournant vers la reconnaissance, et donnent plus de place aux « grammaires victimo mémorielles »²¹⁴⁸. En France par exemple, l'utilisation de la mémoire collective comme reconnaissance vise à réparer l'utilisation de la mémoire collective dans la construction de l'identité nationale française, qui a laissé un certain nombre de « non-lieu de mémoire » ; pour l'historien G. Noiriel par exemple, l'absence des immigrés dans l'histoire nationale est problématique en tant qu'elle empêche la reconnaissance de leur place dans l'histoire nationale²¹⁴⁹. La reconnaissance de ces « victimes de l'histoire » se base sur l'injustice subie, qui rend difficile la poursuite du récit national. C'est tout l'objet de

²¹⁴⁶ « Grande première. La Nouvelle-Zélande célèbre le Matariki, le nouvel maori », *Courrier international*, 24 juin 2022.

²¹⁴⁷ A. RENAUT, « Le débat français sur les langues régionales », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 381-400.

²¹⁴⁸ G. NOIRIEL, « De l'histoire-mémoire aux “lois mémorielles” », art. cit.

²¹⁴⁹ G. NOIRIEL, *Le creuset français : histoire de l'immigration, XIXe-XXe siècle*, coll. « Points Histoire », n° 161, Paris, Points, 2016.

la « loi Taubira » du 21 mai 2001 portant sur la reconnaissance de la traite négrière transatlantique et de l'esclavage des Noirs, mais aussi de la loi du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage en hommage aux victimes de l'esclavage, ou encore de la loi du 29 janvier 2011 sur la reconnaissance du génocide arménien. Le rapport d'information de l'Assemblée nationale de 2008 sur les questions mémorielles indique explicitement que celles-ci résultent d'une volonté de « faire œuvre de justice au travers de la reconnaissance de souffrances passées »²¹⁵⁰. Outre les questionnements soulevés par le fait que les lois mémorielles correspondent à l'écriture d'une histoire officielle²¹⁵¹, ces lois visant à la reconnaissance de victimes sont considérées par certains auteurs comme étant trop partiales, en ce qu'elles choisissent des « victimes privilégiées »²¹⁵². La législation française ne reconnaît pas l'ensemble des génocides et ne pourrait pas le faire : en n'en reconnaissant que quelques-uns – à l'instar du génocide arménien – l'État ne reconnaît pas toutes les injustices. Ces lois mémorielles se couplent d'une adaptation des programmes scolaires, notamment en histoire afin de réécrire le récit national en accordant aux minorités une place injustement spoliée. Dans programmes scolaires, il s'agit de réintégrer les « personnages oubliés, refoulés, exclus du récit traditionnel » au roman national²¹⁵³. Donc il ne s'agit pas, ainsi que le relève M. Walzer au sujet des États-Unis, de « la disparition dans les programmes de la mémoire libérale, mais [de] l'introduction d'autres mémoires », afin de « familiariser les enfants avec la culture des autres, à introduire le pluralisme caractéristique de la société d'immigration dans l'école », et de reconnaître les « Américains porteurs d'une identité à "trait d'union", et de les amener à comprendre et apprécier leur propre différence »²¹⁵⁴.

646. Dans son article « Historical Injustice », J. Spinner traite de l'importance de la prise en compte du facteur historique des injustices²¹⁵⁵. Les injustices historiques, ainsi que les définit N. Perez, sont « celles dont tous les auteurs initiaux et toutes les victimes initiales sont décédées »²¹⁵⁶. Or, la manière d'envisager le passé évolue avec le temps. Dans son article, J. Spinner rappelle que l'évolution dans la manière d'appréhender les anciennes injustices est l'un des arguments opposés à la réparation des injustices historiques. Par ailleurs, la réparation n'est

²¹⁵⁰ B. ACCOYER, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement, au nom de la mission d'information sur les lois mémorielles*, op. cit.

²¹⁵¹ Voir *supra*, §436 et s.

²¹⁵² B. MATHIEU, « L'abandon des lois mémorielles », *Dalloz*, 2008, p. 3064.

²¹⁵³ G. NOIRIEL, « De l'histoire-mémoire aux "lois mémorielles" », art. cit., p. 9.

²¹⁵⁴ M. WALZER, *Traité sur la tolérance*, op. cit., p. 110.

²¹⁵⁵ J. SPINNER-HALEV, « Historical Injustice », in D. ESTLUND (éd.), *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 319-335.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 320.

pas seulement justifiée en raison des injustices passées, mais surtout des conséquences présentes des injustices passées, comme en témoigne la discrimination positive par exemple. L'extension de la neutralité des conséquences – qui est axé sur le respect et l'égalité – dépend donc de la manière d'envisager le passé. C'est, en effet, ce que montre la mise en œuvre active de la neutralité, car c'est en raison d'une certaine vision du passé que ces mesures sont justifiées. Pour qu'il y ait effectivement des mesures de « réparation », il faut d'abord considérer tel ou tel groupe comme victime d'un mal passé. Par conséquent, la correction de la neutralité est nécessairement évolutive, car elle dépend de la manière dont est appréhendé le passé, elle-même évolutive. Par exemple, la mise en place de « politiques du pardon »²¹⁵⁷ à l'égard des victimes des régimes antérieurs témoigne d'une certaine vision du passé. De même, la réparation des injustices liées à la colonisation est liée à la perte de foi dans les philosophies du progrès et à la vision contemporaine de la colonisation. C'est parce que « les Nations-Unis ont condamné le colonialisme et toutes les pratiques de ségrégation et de discrimination dont il s'accompagne » que fut affirmée « la nécessité d'y mettre rapidement et inconditionnellement fin »²¹⁵⁸. Ce n'est que récemment que la colonisation est vue comme un processus visant à devoir être réparé : elle n'a jamais été dénoncée, et était à l'inverse glorifiée, jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle ; en 1969, L. Rougier écrivait par exemple *Le génie de l'Occident*²¹⁵⁹. Ainsi la neutralité des conséquences découle directement d'une certaine conception de la colonisation : à partir du moment où est adoptée une certaine conception de la colonisation – comme ayant constitué un crime contre l'humanité qui est imputable à l'Occident – se pose la question de la responsabilité dans ces injustices et de leur réparation. Or, cette responsabilité invite à la neutralité des conséquences. Ainsi, la dimension active de la neutralité est la conséquence de la manière contemporaine d'envisager le passé, nécessairement évolutive.

II. Une logique de pacification

647. Le principe de neutralité de l'État est né d'un idéal de paix : la recherche d'une coexistence pacifique entre catholiques et protestants a progressivement pris la forme d'une neutralité-indifférence de l'État à travers son retrait de la sphère religieuse et, peu à peu, de l'ensemble des questions relatives au Bien²¹⁶⁰. Cette recherche de paix se traduisait alors par

²¹⁵⁷ S. LEFRANC, *Politiques du pardon*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

²¹⁵⁸ « HCDH | Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », Préambule.

²¹⁵⁹ L. ROUGIER, *Le génie de l'Occident : essai sur la formation d'une mentalité*, op. cit.

²¹⁶⁰ Voir *supra*, § 272 et s.

l'oubli des faits du passé, et de ses injustices. À ce titre, l'article 1^{er} de l'Édit de Nantes de 1598 – premier acte notable de tolérance visant la paix²¹⁶¹ – énonçait explicitement que « la mémoire de toutes choses passées [...] demeurera éteinte et assoupie, comme de chose non advenue »²¹⁶². La neutralité de l'État impliquait donc l'*oubli* des injustices du passé. En ce sens, chez J. Locke, la non-intervention de l'État dans la sphère religieuse suffisait – à elle seule – à assurer la coexistence pacifique.

648. La tendance de l'État contemporain à la reconnaissance des injustices du passé et à leur réparation est alors aux antipodes de la tendance de l'État moderne à l'oubli. Cette évolution de l'oubli à la réparation est le fruit d'un « basculement historique de la culture de guerre vers la culture de paix, qui se traduit par l'effacement lent de la posture du combattant et son remplacement par celle de la victime », actant ainsi la « reconnaissance croissante de l'existence des victimes, qui de secondaires dans la mémoire collective allaient progressivement occuper la première place »²¹⁶³. La place croissante accordée aux « victimes » s'inscrit toutefois en continuité avec l'objectif originel de la neutralité – la coexistence pacifique. La quête de paix demeure l'objectif de l'État contemporain, mais la réalisation de cet objectif a profondément changé à partir de la fin du XX^e siècle, et se traduit désormais par une volonté de réparer les injustices, et de corriger leurs conséquences indirectes, car il n'y a pas de coexistence pacifique dès lors que les minorités sont opprimées et dominées par la majorité. Le pluralisme a donc pour objectif la coexistence pacifique : pour M. Rosenfeld, par exemple, le pluralisme prenant en compte la diversité a pour objectif la coexistence pacifique et la fin de la violence et de l'intolérance²¹⁶⁴.

649. La réparation des injustices caractéristique de l'ère contemporaine découle donc d'une logique de pacification interne à l'État. B. Parekh évoque l'idée d'un « désordre » si l'État contemporain persistait dans la théorie dominante de l'État²¹⁶⁵. Les critiques

²¹⁶¹ L'objectif de paix est explicitement énoncé dès les premières lignes de l'édit de Nantes : « Entre les grâces infinies qu'il a plu à Dieu de nous départir, celle est bien des plus insignes et remarquables de nous avoir donné la vertu et la force de ne céder aux effroyables troubles, confusions et désordres qui se trouvèrent à notre avènement à ce royaume, qui était divisé en tant de parts et de factions que la plus légitime en était quasi la moindre, et de nous être néanmoins tellement roidis contre cette tourmente que nous l'ayons enfin surmontée et touchions maintenant le port de salut et repos de cet État. ».

²¹⁶² L'article précise en outre que « ne sera loisible ni permis à nos procureurs généraux, ni autres personnes quelconques, publiques ni privées, en quelque temps, ni pour quelque occasion que ce soit, en faire mention, procès ou poursuite en aucunes cours ou juridictions que ce soit ».

²¹⁶³ H. LAURENS, « Comment affronter le passé ? La France et ses historiens face aux violences du premier XX^e siècle », *Le Débat*, 2013, vol. 2, n° 174, p. 179.

²¹⁶⁴ M. ROSENFELD, *Law, Justice, Democracy, and the Clash of Cultures: A Pluralist Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 ; M. ROSENFELD, *Just interpretations: law between ethics and politics*, Philosophy, social theory, and the rule of law, n° 4, Berkeley, University of California Press, 1998.

²¹⁶⁵ B. PAREKH, « Sociétés multiculturelles et crise de l'État-nation », art. cit., p. 137.

postcoloniales montrent que ce sont moins des atteintes à la neutralité en tant que telles que des injustices qu'il s'agit de réparer. L'extension de la neutralité via la mise en œuvre active induite par l'apparition de la neutralité des conséquences est alors utilisée par l'État dans une perspective de pacification. La neutralité correspond, *in fine*, à la neutralisation des conflits relatifs à la coexistence d'individus qui se distinguent par leurs conceptions du bien et leurs identités. Ainsi, si le principe de neutralité a profondément muté depuis ses origines, son objectif originel demeure identique : la neutralité de l'État vise à assurer la coexistence pacifique entre les individus. Reconnaître les injustices du passé vise à faire en sorte que tous les individus se sentent reconnus et intégrés dans la société, ce qui vise ainsi, en dernier ressort, la coexistence.

650. Par exemple, la Commission vérité et réconciliation mise en place en Afrique du Sud en 1995 visait explicitement, comme son nom le suggère, à la réconciliation entre les groupes coexistant au sein de la nation²¹⁶⁶. Dans sa préface, le Président de la Commission indique que celle-ci était convaincue, « [s]i douloureuse qu'ait pu être cette expérience, [...] qu'il ne saurait y avoir de guérison possible sans la vérité »²¹⁶⁷. Dans le cadre de sa mission, cette commission a auditionné les membres des différentes groupes – victimes et coupables – avec pour première intention de « permettre aux Sud-Africains de se reconnaître inscrits dans un même passé pour rendre possible un futur commun »²¹⁶⁸. Il s'agissait alors de retrouver un moyen de coexister malgré les crimes du passé. C'est également l'objectif de certaines lois mémorielles. La loi Gayssot, par exemple, prévoit la possibilité de limiter les manifestations d'opinions en raison de l'*ordre public*²¹⁶⁹. C'est – dans le même sens – la logique de paix qui explique que certains groupes ayant des pratiques illibérales, à l'instar des Amish et des juifs hassidiques aux États-Unis, ou encore des autochtones dans de nombreux États, sont tolérés dès lors qu'ils coexistent de manière pacifique au sein de l'État et qu'ils ne portent pas d'atteintes démesurées au cadre du Juste. Pour J. Raz, c'est une logique de paix et de « coexistence relativement harmonieuse » qui conduit les groupes ayant des pratiques illibérales à s'adapter à la société dans laquelle ils sont implantés²¹⁷⁰.

²¹⁶⁶ D.M. TUTU et P.-J. SALAZAR, *Amnistier l'apartheid : travaux de la Commission Vérité et Réconciliation*, coll. « L'Ordre philosophique », Paris, Seuil, 2004.

²¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 87.

²¹⁶⁸ D. VIDAL, « De l'écart entre la fiction et la réalité. La démocratie à l'épreuve de la race en Afrique du Sud et au Brésil », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2009, vol. 127, n° 2, pp. 217-218.

²¹⁶⁹ M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », art. cit., p. 1241.

²¹⁷⁰ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », art. cit., p. 186.

651. La logique de l'élargissement de la sphère du Juste est donc celle de la pacification. L'évolution et les mutations de la neutralité ont pour objectif d'améliorer cette pacification, c'est la raison pour laquelle l'État contemporain prend progressivement en compte les différences, mais qu'il ne les prend en compte que *dans une certaine mesure*. Ce que montre la pérennité du cadre du Juste – la limite indépassable des droits individuels – est qu'il y a une réelle continuité dans la raison d'être de la neutralité : elle a pour but de neutraliser les conflits. Là où la séparation entre l'État et la religion visait à mettre un terme aux guerres de religion, l'inclusion des minorités dans le cadre du Juste vise à pacifier les relations avec les minorités injustement opprimés par le passé. Cet élargissement du cadre du Juste est donc une volonté de réparation, et non un quelconque relativisme culturel, les cultures et identités étant nécessairement « sécularisées » avant de pouvoir être « accommodées ». C'est ce que montre l'exemple déjà cité des accommodements raisonnables : les cultures ne peuvent pas, sur tous les sujets, être accommodées, pour des raisons pratiques d'abord, comme nous l'avons vu, mais aussi et surtout pour respecter la limite infranchissable des droits de l'Homme. Ainsi, de nombreux accommodements sont refusés, précisément parce qu'ils sont *déraisonnables* par l'atteinte aux droits de l'Homme qu'ils impliquent. L'existence de limites opposées aux individus dans leur demande de reconnaissance témoigne du fait que la neutralité de l'État repose sur un idéal : l'État doit être neutre car en favorisant un ou plusieurs groupes au détriment d'autres, la rupture d'égalité et la limitation de la liberté individuelle auraient pour conséquence une détérioration des relations entre les individus pouvant mener à d'importants conflits internes. L'État corrige alors les injustices, mais ne peut le faire que dans la mesure du *raisonnable* car son action tend vers la paix et la *coexistence*. La *coexistence* implique le vivre-ensemble, ce qui justifie notamment le maintien du cadre du Juste.

652. Ainsi, les limites à l'approfondissement de la neutralité montrent que le fondement de la neutralité, sa justification intrinsèque, n'est pas celui du relativisme culturel mais celui de la coexistence pacifique. La neutralité est un service d'un idéal de paix.

653. Conclusion de section. Si le concept de neutralité, en raison de son caractère prescriptif, a fait l'objet de profondes mutations visant à son approfondissement, il demeure sous-tendu par l'idéologie au service de son maintien. Parce qu'elle vise un idéal de justice, de liberté et de paix, la neutralité ne peut être illimitée. Le principe de neutralité a vocation à s'adapter, sans jamais être « total ». Ainsi, si les différentes mutations de la neutralité ne montrent pas une volonté d'établir une neutralité culturelle complète, elles montrent une

volonté d'approfondir l'idéal de neutralité *dans la mesure du possible*. Cet objectif justifie que certaines pratiques culturelles allant à l'encontre de l'individualisme libéral, sans toutefois porter atteinte aux droits fondamentaux, sont tolérées, car l'État neutre s'oppose, autant que possible, à la limitation des conceptions du bien. C'est ce que montre également l'exemple du constitutionnalisme transformateur, qui vise à refonder le Juste sans totalement remettre en cause les acquis de la modernité, témoignant là encore du caractère prescriptif de la neutralité.

SECTION 2. VERS UNE REFONDATION DU JUSTE : L'EXEMPLE DU CONSTITUTIONNALISME TRANSFORMATEUR

654. La Modernité et son paradigme de l'anthropocentrisme et de l'individualisme sont critiqués de toute part, de même que le principe de la neutralité de l'État auquel elle a abouti. Les failles de l'universalisme imposé par le monde occidental furent dénoncées au travers de nombreuses études dénonçant la conception du bien occidentale ancrée dans la supposée neutralité de l'État. Si de nombreux États libéraux ont pris acte de ces failles et ont agi afin de corriger le cadre du Juste, il s'agit désormais de s'intéresser à la possible refondation de ce dernier. En effet, par-delà les critiques de la neutralité de l'État, il s'agit bien d'une profonde critique du système libéral et de ses distinctions fondatrices : tant la séparation entre l'État et la société civile, que la distinction entre nature et culture, ou encore la place centrale qu'occupe la propriété privée dans le système libéral et capitaliste qui est le nôtre sont profondément remises en cause. Dès lors, au-delà d'une *correction* du Juste, il s'agit désormais de s'interroger sur la *refondation* du Juste qui apparaît en filigrane de ces critiques. Les enjeux climatiques dramatiques qui attendent le XXI^e siècle, de même que les questions identitaires au cœur des débats socio-politiques du monde occidental, invitent à un profond questionnement sur l'avenir du principe de neutralité : celui-ci peut-il perdurer par-delà ses fondements ? Que reste-il de la neutralité de l'État en dehors du paradigme libéral ?

655. Ces questions seront abordées à travers un exemple de tentative de refondation du Juste : celui du « constitutionnalisme transformateur ». Le concept de constitutionnalisme « transformateur », utilisé notamment pour théoriser les nouvelles constitutions d'Amérique latine, permet, en effet, non seulement d'appréhender la pérennité de l'idéal de neutralité de l'État au-delà de la refondation du Juste, mais également de l'envisager sous l'angle de son caractère mouvant et prescriptif. Si le concept dépasse largement la problématique de la neutralité de l'État – par exemple en tant qu'il établit des « règles économiques particulières »²¹⁷¹ ou encore parce qu'il développe des « institutions nouvelles »²¹⁷² – il offre un exemple pertinent de l'évolution du principe de neutralité de l'État. D'abord, parce qu'il a notamment vocation à incorporer des « acteurs sociaux et ou ethniques oubliés »²¹⁷³ – en

²¹⁷¹ C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre nouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 9.

²¹⁷² *Ibid.*

²¹⁷³ *Ibid.*

particulier les peuples indigènes mais pas uniquement²¹⁷⁴ – dans la Constitution, dans une perspective postcoloniale, mais aussi parce qu’il englobe le « constitutionnalisme éco-centrique », qui remet en question l’anthropocentrisme libéral et la séparation entre nature et culture. Le constitutionnalisme transformateur, axé autour de la reconnaissance des identités et de la transformation de la société par la Constitution, offre ainsi une illustration pratique non d’un élargissement du cadre du Juste, mais d’une réécriture de celui-ci. Il peut être appréhendé comme un exemple du défi contemporain du principe de neutralité de l’État : celui de sa pérennité par-delà le changement de paradigme civilisationnel relatif à la remise en cause de l’idéologie libérale. Le constitutionnalisme transformateur montre que l’idéal de neutralité de l’État demeure au cœur des préoccupations contemporaines, mais que son adaptation à celles-ci nécessite une prise en compte des profondes critiques de la modernité libérale. Il offre un exemple dans le réel d’une possible évolution du concept de neutralité au-delà de l’individualisme libéral duquel il est né. Si l’objet actuel de la neutralité correspond aux identités, celui-ci peut évoluer, étant entendu que la neutralité est avant tout une notion prescriptive, un idéal vers lequel tend le monde contemporain. Le Juste est donc voué à être sans cesse repoussé, voire totalement refondé. Or, le constitutionnalisme transformateur représente l’idéal de changement inhérent à la période *refondatrice* qui est la nôtre. En effet, il témoigne d’une refondation du Juste à travers la mise en place d’un modèle organisé autour de l’hétérogénéité sociale, mais aussi à travers la remise en cause de l’anthropocentrisme comme norme dominante.

656. Ainsi, le constitutionnalisme transformateur propose une refondation du Juste à travers la mise en place d’un modèle distinct du constitutionnalisme libéral, lequel est axé autour de la limitation du pouvoir des gouvernants en vue de protéger la liberté des individus. Avec le constitutionnalisme transformateur, cette dimension de la limitation du pouvoir – si elle demeure présente – n’est plus l’objet même de la constitution. Celle-ci ne doit pas seulement limiter le pouvoir de l’État, mais doit *diriger son action*. De ce fait, ces constitutions se caractérisent notamment par une volonté d’inclure, au sein même de la constitution, l’ensemble des individus et des modes de vie, y compris les acteurs autrefois tenus en dehors de l’universel (§1).

²¹⁷⁴ C. AGUDELO, « Qu’est-ce qui vient après la reconnaissance ? Multiculturalisme et populations noires en Amérique latine », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 267-277.

657. Dans cette optique, certaines constitutions « transformatrices » poussent particulièrement loin cette volonté de changement de société en proposant une refondation du Juste dépassant l'anthropocentrisme au cœur de la modernité. Ces constitutions, qualifiées d'« éco-centriques », sont, par nature, des constitutions transformatrices. Elles offrent, pour cette étude, un exemple particulièrement novateur d'une pérennité de l'idéal de neutralité malgré une remise en cause profonde du socle sur lequel il repose depuis ses origines (§2).

§1. Une réécriture inclusive du cadre du Juste dans le constitutionnalisme transformateur

658. La neutralité de l'État doit être appréhendée comme un objectif : l'action ou l'inaction de l'État a vocation à aboutir à ce projet de neutralité. Le constitutionnalisme libéral traduisait ce projet par un objectif de non-ingérence et de retrait de l'État²¹⁷⁵. Si, à l'origine, la constitution fut pensée comme un instrument de limitation de pouvoir, et donc appréhendée comme un outil de protection des individus, à l'époque contemporaine, la limitation du pouvoir ne représente plus la seule fonction d'une constitution, « [l]e constitutionnalisme [ayant] toujours été confronté à la mutation »²¹⁷⁶. Il est depuis apparu que les constitutions mobilisent nécessairement « un certain contenu axiologique »²¹⁷⁷, et qu'ainsi, le constitutionnalisme est également « un projet tendant à concrétiser dans la réalité institutionnelle des valeurs sociales d'un certain genre »²¹⁷⁸. La constitution peut alors devenir, plus encore qu'un moyen de limiter le pouvoir, un moyen de changer la réalité de la société : les valeurs contenues dans la constitution peuvent ne pas correspondre à la réalité de l'État, mais à ce que celui-ci veut atteindre comme idéal de société. Si ce type de constitutionnalisme comme projet peut être décelé dans la Constitution de Weimar²¹⁷⁹, il s'est en particulier concrétisé dans le constitutionnalisme « social », puis, plus récemment, dans le constitutionnalisme

²¹⁷⁵ Voir *supra*, § 292 et s.

²¹⁷⁶ C.-M. HERRERA, « Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », *Revue française de droit constitutionnel*, mars 2021, vol. 125, n° 1, p. 247.

²¹⁷⁷ D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 2009, n° 3, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Le-piege-du-droit-constitutionnel-146.html>.

²¹⁷⁸ *Ibid.*

²¹⁷⁹ C.-M. HERRERA, « Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », art. cit.

« transformateur »²¹⁸⁰. Apparu récemment en Amérique Latine, le concept de constitutionnalisme transformateur (I) représente un modèle alternatif au constitutionnalisme libéral incluant la prise en compte, au niveau constitutionnel, de la pluralité et de l'hétérogénéité sociales (II).

I. Le concept de « constitutionnalisme transformateur »

659. Le constitutionnalisme, comme tous les concepts, est confronté à des « variations », des « évolutions », des « métamorphoses »²¹⁸¹. Sa mutation la plus récente est l'apparition d'un constitutionnalisme envisageant la constitution comme projet de société (A) permettant notamment d'étendre le fondement démocratique du pouvoir (B), identifié principalement dans les constitutions latino-américaines.

A) La Constitution, projet de société

660. Une forme distincte du constitutionnalisme libéral est apparue en Amérique Latine : le constitutionnalisme « transformateur »²¹⁸² — parfois qualifié de « nouveau constitutionnalisme »²¹⁸³, de « constitutionnalisme andin »²¹⁸⁴ ou encore de constitutionnalisme « latino-américain »²¹⁸⁵. Le terme de « constitutionnalisme transformateur » fut évoqué pour la première fois par K. E. Klare, qui le définit comme « un projet à long terme de promulgation, d'interprétation et d'application constitutionnelles engagées (non pas isolément, bien sûr, mais dans un contexte historique d'évolution politique favorable) pour transformer les institutions politiques et sociales et les relations de pouvoir d'un pays dans un cadre démocratique et participatif et dans une direction égalitaire »²¹⁸⁶. K. E. Klare identifie ce modèle de constitutionnalisme dans la Constitution d'Afrique du Sud après l'apartheid²¹⁸⁷. Pour C.-M.

²¹⁸⁰ C.-M. HERRERA, « Variations, évolutions, métamorphoses : Les significations du concept de constitutionnalisme », in *Variations, évolutions, métamorphoses. XVe Journée scientifiques pluridisciplinaires de Tours, les 7 et 8 juin 2012*, Saint-Étienne, Presses universitaires de Saint-Étienne, 2012, p. 365 et s.

²¹⁸¹ C.-M. HERRERA, « Variations, évolutions, métamorphoses », art. cit.

²¹⁸² C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit.

²¹⁸³ C.-M. HERRERA, « Variations, évolutions, métamorphoses », art. cit., p. 366.

²¹⁸⁴ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, n° 2, p. 333.

²¹⁸⁵ C.-M. HERRERA, *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015.

²¹⁸⁶ K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, 1998, vol. 14, n° 1, pp. 146-188, cité et traduit par C.-M. HERRERA, « Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », art. cit., p. 240.

²¹⁸⁷ C.-M. HERRERA, « Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », art. cit., pp. 239-240.

Herrera, le concept de constitutionnalisme transformateur date du début des années 1990 et de l'adoption d'une nouvelle constitution au Venezuela²¹⁸⁸. Il souligne néanmoins que d'autres auteurs datent le concept quelques années en amont : lors de l'adoption de la Constitution colombienne de 1991²¹⁸⁹, voire de la Constitution brésilienne de 1988²¹⁹⁰. Ce type de constitutionnalisme se retrouve dans la plupart des constitutions latino-américaines, notamment celles de Colombie, d'Équateur, du Venezuela, du Brésil et de Bolivie²¹⁹¹.

661. Cette nouvelle forme de constitutionnalisme est pensée comme étant en rupture avec le constitutionnalisme moderne. À la différence de ce dernier, dont le contenu axiologique se veut uniquement politique et dans lequel il n'y a pas d'ingérence de l'État dans la vie privée, le constitutionnalisme transformateur se caractérise par des dispositions relatives à la fois au projet de société et au mode de vie des individus²¹⁹². Pour C.-M. Herrera, le constitutionnalisme transformateur est né du constitutionnalisme social, caractérisé par l'intervention de l'État, dans lequel il ne s'agit pas seulement de limiter « l'arbitraire du pouvoir politique, mais également [les] abus du pouvoir économique, et notamment de la propriété privée »²¹⁹³. Pour certains auteurs, ce sont les luttes sociales dans les pays d'Amérique Latine qui sont au fondement de ce nouveau constitutionnalisme²¹⁹⁴. Celui-ci est donc d'abord un constitutionnalisme *social*²¹⁹⁵, et se définit ensuite par deux caractéristiques principales : l'élargissement de la source démocratique du pouvoir et la prise en compte, au niveau constitutionnel, de l'hétérogénéité sociale. Contrairement au constitutionnalisme libéral, le constitutionnalisme transformateur ne conçoit pas uniquement la constitution comme une norme, mais également comme un « ensemble de valeurs »²¹⁹⁶. Ainsi, de manière générale, le constitutionnalisme transformateur

²¹⁸⁸ C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit., p. 10.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 17, note de bas de page 2.

²¹⁹⁰ C'est notamment ce que relève G. Bercovici dans un article issu du même ouvrage (G. BERCOVICI, « La Constitution brésilienne de 1998, les constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 117). Il précise néanmoins que, la Constitution brésilienne n'ayant pas été élaborée par une Assemblée constituante, certains auteurs considèrent qu'elle ne peut pas être « le point de départ du nouveau constitutionnalisme latino-américain ». L'auteur, lui, estime que l'origine du constitutionnalisme est bien antérieure et se situe dans l'adoption de la Constitution indienne de 1949.

²¹⁹¹ C.G. DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 27.

²¹⁹² *Ibid.*

²¹⁹³ C.-M. HERRERA, « Variations, évolutions, métamorphoses », art. cit., p. 365.

²¹⁹⁴ R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 34.

²¹⁹⁵ C.-M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, pp. 83-114.

²¹⁹⁶ C.-M. HERRERA, « Variations, évolutions, métamorphoses », art. cit., p. 365.

se caractérise à la fois « par une large reconnaissance des droits, y compris des droits sociaux et collectifs, avec des instruments et garanties assurant leur effective réalisation », et par un « élargissement, sinon un approfondissement, des mécanismes de participation démocratique »²¹⁹⁷. Il correspondrait alors à « une réinvention ou une refondation de l'État constitutionnel moderne »²¹⁹⁸. En effet, dans ce modèle, l'État, en tant que vecteur du changement, joue un rôle actif :

« Le constitutionnalisme transformateur n'exige pas seulement un engagement constitutionnel en faveur d'une transformation sociale à grande échelle, aspirant en définitive à une société meilleure et plus égalitaire. Les constitutions transformatrices exigent également de l'État qu'il poursuive activement ce changement. »²¹⁹⁹

Ce constitutionnalisme est donc qualifié de « transformateur », car il envisage la constitution comme un moyen d'atteindre une finalité : la transformation de la société. L'État n'est alors pas minimal. Dans ce projet de transformation de société, son action est fondamentale, et la Constitution vise à la diriger : « [Le constitutionnalisme transformateur] veut autant conduire que restreindre l'action de l'État. »²²⁰⁰

En cela, le constitutionnalisme transformateur est clairement opposé au constitutionnalisme libéral, dont les constitutions « conservatrices » « proposent de préserver un état de choses jugé bon et souhaitable »²²⁰¹. Il introduit dans les constitutions une vision du futur, qui n'était plus – notamment selon M. Gauchet – au cœur de l'État moderne :

« Si l'État reste le garant de la continuité collective, il est clair que ses prétentions d'organisateur du futur ont été sévèrement rabattues. L'avantageuse posture du conducteur des peuples, investi de la mission d'ouvrir les portes de l'avenir, n'est plus de mise. En un mot, il ne précède plus, il suit. D'où le sentiment qu'il peut donner d'un immense appareil tournant à vide, sans plus savoir où il va ni à quoi il sert. »²²⁰²

²¹⁹⁷ C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre nouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, pp. 10-11.

²¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 12.

²¹⁹⁹ M. HAILBRONNER, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *The American Journal of Comparative Law*, 2017, vol. 65, n° 3, p. 540 (traduction libre).

²²⁰⁰ *Ibid.*, p. 565 (traduction libre).

²²⁰¹ C.G. DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, p. 22.

²²⁰² M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, coll. « Tel », Paris, Gallimard, 2002, p. 159.

À rebours de ce constat, le constitutionnalisme transformateur contient explicitement une dimension prescriptive, au point que certains auteurs l'assimilent au « constitutionnalisme aspirationnel » – qui correspond à un constitutionnalisme « tourné vers l'avenir, avec l'objectif de produire des transformations par le droit constitutionnel »²²⁰³ – lorsque d'autres parlent de « constitutions utopiques »²²⁰⁴. En cela, les constitutions latino-américaines partent de l'hypothèse qu'il est « nécessaire d'améliorer la constitution en vigueur dans la société concernée »²²⁰⁵. L'État, dans ces constitutions, est au cœur de la société, en tant qu'il dirige son action vers un projet commun déterminé par le pouvoir constituant originaire.

B) Le rôle central du pouvoir constituant

662. L'aspect le plus caractéristique du constitutionnalisme transformateur est la place importante du peuple et la volonté d'améliorer la démocratie. En effet, le constitutionnalisme transformateur est centré autour des notions de pouvoir constituant et de légitimité démocratique²²⁰⁶, ce qui se traduit par une moindre importance des partis politiques et une plus grande importance donnée au peuple, pouvoir constituant. Dans les différentes constitutions caractéristiques de ce néo-constitutionnalisme, « le dénominateur commun est le même » concernant la participation démocratique : « établir des mécanismes de légitimité et de contrôles sur le pouvoir constitué à travers, dans beaucoup de cas, de nouvelles formes de participation obligatoires (*vinculantes*) »²²⁰⁷. Les citoyens sont au cœur des institutions, non seulement à travers des mécanismes de démocratie directe, mais également à travers le contrôle de constitutionnalité, dans lequel ils jouent un rôle majeur²²⁰⁸. Le pouvoir constituant est au cœur de ces constitutions, et des règles mises en place, et les constituants ne distinguent pas de pouvoir constituant dérivé, à l'instar de la Constitution vénézuélienne, dont le chapitre III « De l'Assemblée Nationale Constituante » montre que le seul pouvoir constituant est le peuple, et qu'il n'en existe aucun autre qui puisse modifier la Constitution²²⁰⁹. Dans le même esprit,

²²⁰³ C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit., p. 15.

²²⁰⁴ C.G. DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 22.

²²⁰⁵ *Ibid.*, p. 23.

²²⁰⁶ C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit., p. 11.

²²⁰⁷ R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, p. 43.

²²⁰⁸ L'article 260 de la Constitution du Paraguay de 1992 prévoit, par exemple, que tout citoyen peut, au cours d'une instance, engager une procédure par le biais de l'exception devant la Chambre constitutionnelle. L'article 198 de la Constitution bolivienne prévoit, quant à lui, que les juges à la Cour constitutionnelle plurinationale sont élus au suffrage universel.

²²⁰⁹ Chap. III, Constitution du Venezuela de 1999.

l'article 411 de la Constitution bolivienne de 2009 prévoit que toute réforme substantielle de la Constitution ne peut être menée que par le constituant originaire et que toute réforme partielle peut être initiée par le peuple et approuvée par référendum²²¹⁰.

663. En raison de l'importance donnée au constituant originaire, les constitutions latino-américaines sont des constitutions rigides. Ce caractère rigide n'est pas justifié par un objectif de pérennité : au contraire, il est justifié par la place du pouvoir constituant originaire qui doit être le seul organe habilité à modifier la constitution²²¹¹. L'objectif est donc inverse à celui de la pérennité : il s'agit d'une vérification constante du pouvoir constituant du respect de la finalité de la Constitution. Dans cette optique, le professeur B. de Sousa Santos propose, par exemple, que la Constitution ait une date limite de validité, au terme de laquelle le pouvoir constituant pourrait une nouvelle fois intervenir pour la modifier dans une optique de correction²²¹². Si cette proposition – qui préexiste, dans la philosophie politique, au constitutionnalisme transformateur²²¹³ – ne se retrouve pas, à l'heure actuelle, dans les constitutions latino-américaines, elle témoigne néanmoins de l'importance primordiale donnée au pouvoir constituant dans l'objectif de mener à bien son projet de société : la constitution est avant tout, dans le constitutionnalisme transformateur, un moyen d'atteindre une finalité, ce qui nécessite de ne pas l'envisager comme une norme devant à tout prix être pérenne, mais comme une feuille de route pouvant être modifiée par son rédacteur – le pouvoir constituant originaire – en vue de remplir son objectif. Ainsi, la finalité de la société est plus importante que la stabilité de la constitution-norme.

²²¹⁰ Article 411, Constitution de Bolivie de 2009 : « I. La réforme totale de la Constitution, ou celle qui touche ses prémisses fondamentales, affecte les droits, les devoirs et les garanties, ou la suprématie et la réforme de la Constitution, aura lieu par le biais d'une Assemblée constituante plénipotentiaire originale, mise en mouvement par la volonté populaire par voie de référendum. La convocation du référendum est effectuée par initiative citoyenne, avec les signatures d'au moins vingt pour cent du corps électoral ; par vote à la majorité absolue des membres de l'Assemblée législative pluri-nationale ; ou par le Président de l'État. L'Assemblée constituante élabore son propre règlement pour tous les effets. Le texte constitutionnel doit être approuvé par les deux tiers des membres présents. La validité de la réforme doit être approuvée par référendum constitutionnel. II. La réforme partielle de la Constitution peut être initiée par une initiative populaire avec les signatures d'au moins vingt pour cent de l'électorat, ou par l'Assemblée législative pluri-nationale par une loi de réforme constitutionnelle approuvée par les deux tiers du total des membres présents de l'Assemblée législative pluri-nationale. Toute réforme partielle devra être approuvée par référendum constitutionnel. » (traduction libre).

²²¹¹ R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 42.

²²¹² C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit., p. 13.

²²¹³ L'idée d'une date limite à la validité de la Constitution se trouve par exemple chez Condorcet ou encore chez Jefferson. L'objectif de cette révision périodique est alors « d'assurer, en toute circonstance, la permanence du consentement des individus à l'acte constitutionnel et aux règles de droit qui obligent l'individu » (M. CRETIN SOMBARDIER, *Deux pensées constitutionnelles révolutionnaires : Robespierre et Condorcet*, Droit public, Strasbourg, Université de Strasbourg, 28 septembre 2018, p. 636).

664. En résumé, le concept de constitutionnalisme transformateur place les citoyens au cœur de la constitution et de la société. C'est la dimension fortement démocratique qui est, pour de nombreux auteurs, la caractéristique principale de ces nouvelles constitutions, qui ont la volonté « d'établir une démocratie véritable, là où elle [existait] seulement sur le papier »²²¹⁴, en utilisant pour cela la constitution comme un moyen de transformation de la société afin d'atteindre un projet constitutionnellement fixé. Dans le but d'étendre les mécanismes démocratiques et de protéger les acteurs démocratiques, les constitutions transformatrices reconnaissent, au niveau constitutionnel, la pluralité des individus, en vue de limiter les pouvoirs « politiques, [...] sociaux, économiques ou culturels qui, produits de l'histoire, limitent aussi le fondement démocratique de la vie sociale et les droits et libertés des citoyens »²²¹⁵. Cette reconnaissance constitutionnelle de l'hétérogénéité sociale correspond à une réécriture des accords politiques fondant la société, et a pour horizon la neutralité de l'État.

II. La reconnaissance constitutionnelle de la pluralité et de l'hétérogénéité sociales

665. Parce qu'il appréhende la constitution comme projet de société, le constitutionnalisme transformateur est étroitement lié à la dimension prescriptive de la neutralité de l'État. Or, dans ces nouvelles constitutions, la gestion de la diversité sociale implique, au niveau constitutionnel, « la reconnaissance de l'interculturalité, de la pluriethnicité et de la pluri-nationalité »²²¹⁶. Il s'oppose à l'universalisme abstrait caractéristique des constitutions libérales pour être – au contraire – fondé sur « le principe d'hétérogénéité sociale »²²¹⁷. La promotion de l'intégration sociale est, en effet, au cœur de ces constitutions²²¹⁸. Cette caractéristique – qui symbolise le « tournant postcolonial » de ces constitutions²²¹⁹ – serait « le trait le plus spécifique » du constitutionnalisme transformateur, « à partir des paradigmes de plurinationalité et de l'interculturalité »²²²⁰. L'importance de la pluralité dans

²²¹⁴ C.G. DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 23.

²²¹⁵ R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 43.

²²¹⁶ C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit., p. 13.

²²¹⁷ *Ibid.*

²²¹⁸ R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 40.

²²¹⁹ C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit., p. 11.

²²²⁰ *Ibid.*

les constitutions latino-américaines (A) traduit une volonté de refonder le Juste dans un objectif de neutralité de l'État (B).

A) L'importance de la pluralité dans les constitutions latino-américaines

666. Les constitutions transformatrices ont pour objectif, dans une perspective postcoloniale, « l'intégration de groupes traditionnellement marginalisés, presque toujours minoritaires, identifiables en fonction de facteurs comme l'origine ethnique, ou raciale, ou le genre, les orientations sexuelles, etc. »²²²¹. Pour C.-M. Herrera, le cœur du constitutionnalisme latino-américain serait, en effet, « la protection des êtres les plus exposés aux abus du pouvoir, l'homme et la nature »²²²². Ce constitutionnalisme serait né des protestations issues de minorités à l'encontre de la domination occidentale²²²³. Il vise ainsi à inclure, dans la constitution, les « oubliés » de l'universel dans l'objectif de permettre à chaque individu de poursuivre sa propre conception du bien, consacrant alors la neutralité de l'État comme finalité de la société. Il ne s'agit pas, en réalité, d'une remise en cause de l'universalisme, mais de la volonté de mettre en place un universalisme *concret*. Par exemple, le Préambule de la Constitution vénézuélienne évoque « l'objectif suprême » de « refonder la République pour établir une société [...] multi-ethnique et pluri-culturelle [...] ». Le Préambule de la Constitution équatorienne reconnaît quant à lui les « racines millénaires, forgées par des femmes et des hommes de différentes origines, des hommes et des femmes de différents peuples » du peuple de l'Équateur, déclare que ces hommes et ces femmes sont les « héritiers des luttes sociales pour la libération de toutes les formes de domination et de colonialisme », et fait appel « à la sagesse de toutes les cultures qui [les] enrichissent en tant que société ». Prenant acte de ce constat, la Constitution équatorienne dispose, dans un article 1^{er}, que l'Équateur est un État de droit « interculturel, plurinational et laïc ». Dans le même sens, le Préambule de la Constitution bolivienne de 2009 part du constat que le peuple bolivien a compris « la pluralité qui existe dans toute chose et dans [la] diversité [du peuple bolivien] en tant qu'êtres humains et cultures », en déduit que le peuple bolivien est ainsi de « composition multiple », et que, de fait, le défi du peuple bolivien doit être de « construire collectivement un État social unifié de droit communautaire pluri-national »

²²²¹ C.G. DIAZ, « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 27.

²²²² C.-M. HERRERA, *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, p. 11.

²²²³ A. BRITES OSORIO DE OLIVEIRA, « Les droits de la nature dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain à partir du regard de l'anthropologie juridique », *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, septembre 2018, n° 3.

(*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*). Cette définition est reprise à l'article 1^{er} de la Constitution, qui définit la République bolivienne comme « plurinational[e] » et « communautaire ». L'article 30. I de la Constitution bolivienne mentionne par ailleurs les cosmovisions « dont l'existence est antérieure à l'invasion coloniale espagnole ». De même, un arrêt de la Cour constitutionnelle colombienne de 2016 indique que le constitutionnalisme colombien repose sur « le principe de pluralisme culturel et ethnique »²²²⁴. Ce principe pluraliste a vocation à protéger « différentes races, ethnies, langues, sexes et croyances avec l'objectif d'établir un cadre normatif qui permette la tolérance et la coexistence pacifique »²²²⁵. La pluralité est ainsi au cœur des constitutions latino-américaines.

667. Par ailleurs, la plupart de ces constitutions reconnaissent les populations autochtones en vue de leur accorder des droits collectifs dans une perspective postcoloniale²²²⁶. Il s'agit en particulier des constitutions équatorienne de 2008 et bolivienne de 2009, lesquelles ont la volonté de refonder le Juste²²²⁷ en incluant et en valorisant les identités autochtones en sein de la Constitution²²²⁸. Dans le constitutionnalisme transformateur, la dimension sociale ne comporte donc pas seulement une « dimension sociale/économique », mais aussi une « dimension sociale/pluraliste centrée sur les communautés ethniques »²²²⁹. En raison de leur finalité majeure de promotion de l'intégration sociale²²³⁰, les constitutions « transformatrices » actent la fin de la séparation libérale entre l'État et la société civile par une très forte ingérence de l'État dans la sphère privée. Néanmoins, elles poursuivent toujours un objectif de neutralité de l'État.

²²²⁴ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *Revue juridique de l'environnement*, 2018, vol. 43, n° 3, p. 560.

²²²⁵ Décision T-622 de 2016, Cour constitutionnelle de Colombie, citée par F. LAFFAILLE, « Constitution écocentrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, n° 2, p. 344.

²²²⁶ Ces droits collectifs ont parfois un caractère écologique et correspondent alors à des droits « bio-culturels » : voir *infra*, § 680 et s.

²²²⁷ Sur le processus constituant bolivien et l'arrivée au pouvoir d'un parti partiellement dirigé par des autochtones : S. SCHAVELZON et P. BEAUCAGE, « Cosmopolitique constituante en Bolivie : La Constitution « ouverte » et le surgissement de l'État plurinational », *Recherches amérindiennes au Québec*, avril 2014, vol. 42, n° 2-3, pp. 79-96.

²²²⁸ Voir *supra*, §599.

²²²⁹ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 344.

²²³⁰ R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 40.

B) Une refondation du Juste visant un objectif de neutralité de l'État

668. La volonté de parvenir à l'égalité sociale par la reconnaissance de l'hétérogénéité et de la pluralité correspond à l'approfondissement de la dimension égalitaire de la neutralité de l'État. L'État social de droit implique des obligations pour l'État visant à protéger les identités : celui-ci ne doit pas « imposer une conception du monde et du développement attentatoire au respect de la diversité ethnique et culturelle »²²³¹. Cette formule, utilisée par la Cour constitutionnelle colombienne, témoigne, comme le relève F. Laffaille, du paradoxe inhérent à la neutralité :

« Cette formule est à la fois magnifique et naïve. Magnifique car l'État se voit assigner une obligation de « *no hacer* » (non-faire) au nom du respect des identités plurielles de la nation : naïve car tout État impose une lecture idéologique du monde, l'objectif étant seulement de poser des limites à sa prétention monolithique. »

Parce que les constitutions transformatrices visent l'inclusion, au niveau constitutionnel, de catégories de population jadis écartées du cadre du Juste dans une optique de protection desdites populations, elles mettent en place la neutralité des conséquences comme finalité de la société. En effet, de la même manière que la neutralité des conséquences vise à pallier les insuffisances de la neutralité par abstention, le constitutionnalisme latino-américain vise à résoudre « l'inaptitude du vieux constitutionnalisme à résoudre des problèmes fondamentaux de la société »²²³². Ces nouvelles constitutions élargissent donc le cadre du Juste en incluant les minorités et, plus généralement, l'objectif d'égalité sociale au sein de la constitution. Ainsi, la place fondamentale de la constitution dans le projet de société peut être assimilée à une volonté de refonder le Juste. Le Préambule de la Constitution du Venezuela de 1999 parle par exemple de « *refonder* la République »²²³³. De même, le préambule de la Constitution bolivienne de 2009 évoque un État « où prédomine la recherche de la vie bonne », qui laisse « l'État colonial, républicain et néolibéral dans le passé ».

²²³¹ Décision T-622 de 2016, Cour constitutionnelle de Colombie, citée par F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 347.

²²³² R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 40.

²²³³ Préambule de la Constitution du Venezuela de 1999 (nous soulignons).

669. Par ailleurs, la notion de « bien vivre »²²³⁴ (*vivir bien*), présente notamment dans la Constitution équatorienne de 2008 et dans la Constitution bolivienne de 2009, est fortement liée à la neutralité de l'État :

« Le “bien vivre” présuppose que l'exercice des droits et libertés, que les capacités, potentialités et opportunités réelles des individus soient élargies de manière à atteindre de manière simultanée tout ce que la société, les territoires, les diverses identités collectives et tout un chacun – vu comme un être humain et particulier à la fois – estiment comme objectif souhaitable. »²²³⁵

Ainsi, la notion de bien vivre s'envisage dans une perspective pluraliste²²³⁶. Cette notion de « bien vivre » peut être assimilée au fait pour chacun de vivre selon sa propre conception du bien, en accord avec son identité propre, et correspond donc à l'objectif de neutralité de l'État. Si la notion de « bien vivre » connaît quelques subtiles différences selon les pays²²³⁷, elle peut toujours être mise en lien avec l'idéal de neutralité, car elle correspond à un élargissement constitutionnel du cadre du Juste. La volonté d'élargir le « bien vivre » à toute la société et à toutes les identités correspond explicitement à la volonté de mettre en place, au niveau constitutionnel, la neutralité en tant qu'égalité d'opportunités. Il s'agit d'élargir le spectre des visions du monde acceptées dans le cadre du Juste : le « bien vivre » permet notamment l'inclusion de la cosmovision andine²²³⁸, car il « dépasse le seul bien commun humain ou la santé publique humaine pour couvrir le bien-être de tous les êtres vivants dans une perspective collective »²²³⁹. Le bien vivre correspond donc à « une vie harmonieuse entre les êtres humains

²²³⁴ Sur la pluralité de définitions de la notion de « bien vivre » : V. AUDUBERT, « La notion de Vivir Bien en Bolivie et en Équateur, réelle alternative au paradigme de la modernité ? », *Cahiers des Amériques latines*, novembre 2017, n° 85, pp. 91-108.

²²³⁵ N. Wray, « los retos del régimen de desarrollo. el buen vivir en la constitución », in. acosta, e. martínez (dir.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, quito abya-ayala, 2009, p. 54-56, cité par C.-M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », art. cit., p. 105.

²²³⁶ A. LE QUINIO, V. CHIU et A. LE QUINIO, « Le juge constitutionnel et la reconnaissance de droits au profit de la nature : réflexion à l'aune des exemples de la Bolivie et de l'Équateur », in *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, coll. « Droit comparé », Paris, L'Harmattan, 2021, p. 265.

²²³⁷ V. AUDUBERT, « La notion de Vivir Bien en Bolivie et en Équateur, réelle alternative au paradigme de la modernité ? », art. cit., § 7 : « [...] le *Vivir Bien* bolivien, s'il est proche du *Buen Vivir* équatorien, va au-delà de la critique de la modernité : le caractère spirituel et “supra-individuel” du *Vivir Bien* se fonde dans les notions de respect, d'autodétermination, de revalorisation des cultures et de solidarité, en réintégrant l'individu dans sa communauté. Ainsi, le *Buen Vivir* équatorien n'est pas le même que le *Vivir Bien* bolivien. Le premier s'attache à l'idée d'une bonne vie au sens large, en prenant en compte les conditions matérielles, et en particulier les droits économiques, sociaux et culturels (DESC) ; le second se réfère davantage à la bonne vie en communauté, ou au “bon vivre ensemble” ».

²²³⁸ Voir *infra*, § 680 et s.

²²³⁹ A. LE QUINIO, V. CHIU et A. LE QUINIO, « Le juge constitutionnel et la reconnaissance de droits au profit de la nature : réflexion à l'aune des exemples de la Bolivie et de l'Équateur », art. cit., p. 267.

d'une part et d'autre part entre ces derniers et la nature »²²⁴⁰. Cet objectif, fixé dans la constitution²²⁴¹ est propre à la nature des constitutions transformatrices ; plus encore, l'inclusion de la notion de « bien vivre » a vocation à introduire un changement de paradigme²²⁴², et opère une déconstruction de l'universalisme colonial. En cela, le « bien vivre » correspond à une « critique de la modernité et du développement » et « entend dépasser le dualisme opposant l'homme à la nature issu du paradigme de la modernité occidentale »²²⁴³. En outre, le « bien vivre » est fortement lié au principe de dignité, au cœur de l'État social de droit²²⁴⁴. Le constitutionnalisme colombien lie par exemple la dignité humaine aux « conditions matérielles, culturelles et spirituelles » permettant à chaque individu de vivre dignement²²⁴⁵. La dignité implique donc le bien vivre, et le choix pour chacun de vivre conformément au mode de vie choisi ainsi qu'à sa conception du bien, comme le déclare la Cour constitutionnelle de Colombie dans sa décision de 2016 lorsqu'elle indique que le principe de dignité humaine comprend notamment « la possibilité de concevoir un projet de vie et de s'autodéterminer selon ses propres préférences, c'est-à-dire vivre comme on le souhaite ou comme on le choisit »²²⁴⁶.

670. L'objectif de ces nouvelles constitutions est « d'étendre le champ du politique au-delà de l'horizon libéral, au travers d'un dessein institutionnel nouveau (plurinational), d'une nouvelle territorialité (avec des autonomies asymétriques), d'une légalité nouvelle (le pluralisme juridique), d'un régime politique nouveau (la démocratie interculturelle) et des nouvelles subjectivités individuelles et collectives (comprenant donc individus, communautés, nations, peuples, nationalités) »²²⁴⁷. Ce nouveau constitutionnalisme s'oppose donc en plusieurs points au constitutionnalisme libéral, notamment parce qu'il va à rebours de l'État-nation homogène organisé autour d'un universalisme abstrait pour proposer un universalisme

²²⁴⁰ V. AUDUBERT, « La notion de Vivir Bien en Bolivie et en Équateur, réelle alternative au paradigme de la modernité ? », art. cit., § 1.

²²⁴¹ Le « bien-vivre » est envisagé comme une finalité de l'État, notamment par le juge constitutionnel colombien : « [...] dans sa dimension de valeur et de fin, il est compris comme une indication dans la réalisation desdites activités dans la mesure où la finalité ultime de l'État est le *suma qamaña* pour la bonne coexistence de toute la population » (Déclarations constitutionnelles plurinationales 0009/2013 et 0013/2013, citées par *Ibid.*, § 16).

²²⁴² A. LE QUINIO, V. CHIU et A. LE QUINIO, « Le juge constitutionnel et la reconnaissance de droits au profit de la nature : réflexion à l'aune des exemples de la Bolivie et de l'Équateur », art. cit., p. 267.

²²⁴³ V. AUDUBERT, « La notion de Vivir Bien en Bolivie et en Équateur, réelle alternative au paradigme de la modernité ? », art. cit., § 1.

²²⁴⁴ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 345.

²²⁴⁵ Décision T-622 de 2016, Cour constitutionnelle de Colombie, citée et traduite par F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit.

²²⁴⁶ Décision T-622 de 2016, Cour constitutionnelle de Colombie (traduction libre).

²²⁴⁷ B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 71, cité par C.-M. HERRERA, « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », art. cit., p. 14.

concret. De plus, quand les constitutions modernes mettaient en place la distinction entre l'État et la société civile, les constitutions latino-américaines se caractérisent par l'ingérence de l'État dans la sphère privée et par un fort contenu axiologique. Il y a donc un réel dépassement du paradigme libéral dans le constitutionnalisme transformateur. Néanmoins, malgré ce constat, les constitutions andines ne portent pas atteinte à l'idéal de neutralité, car il n'empêche pas l'intervention de l'État :

« En arrière-plan [du concept de constitutionnalisme transformateur], se trouve l'idée d'une communauté hautement égalitaire, bienveillante et multiculturelle, gouvernée par des processus participatifs et démocratiques, tant dans la sphère politique que dans une grande partie de ce que nous appelons aujourd'hui la "sphère privée". [...] Tel qu'il est utilisé ici, le constitutionnalisme transformateur n'est pas un concept neutre, mais vise explicitement un équilibre positif, et implique un bien social. »²²⁴⁸

671. En résumé, l'atteinte portée par les constitutions andines à la séparation entre sphère privée et sphère publique, et le fait qu'elles promeuvent un certain nombre de valeurs dans le but d'atteindre une finalité préalablement déterminée ne correspond pas à l'abandon de l'idéal de neutralité, mais bien à sa poursuite. En effet, en incluant l'hétérogénéité sociale au sein de la constitution, et en promouvant le droit pour chacun de poursuivre sa propre conception du bien et d'être en accord avec son identité, les constitutions latino-américaines poursuivent explicitement un idéal de neutralité de l'État, en tant qu'elles mettent en place un État assurant la coexistence pacifique de différents systèmes de valeurs. L'État reste neutre quant aux différentes conceptions du bien, à l'intérieur d'un cadre déterminé. Les constitutions latino-américaines prennent délibérément le contrepied des constitutions libérales, et la volonté de prendre en compte la « pluriversalité » correspond à une critique de la modernité. La reconnaissance de l'identité culturelle des autochtones au sein même des constitutions²²⁴⁹ correspond à la volonté de mettre fin à l'imposition d'une identité importée aux indigènes, et donc à l'imposition d'une conception du bien ne correspondant pas à la leur. En reconnaissant le tort qu'a constitué cette imposition d'une conception du bien particulière – et donc l'entorse majeure à la neutralité de l'État qui a été causée à l'encontre de ces populations – les États latino-américains témoignent une volonté d'approfondir la neutralité de l'État.

²²⁴⁸ K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, 1998, vol. 14, n° 1, p. 150 (traduction libre).

²²⁴⁹ Voir *supra*, § 599.

672. Ainsi se confirme le paradoxe des constitutions latino-américaines : dotées d'un contenu axiologique bien plus important que les constitutions libérales modernes, elles poursuivent néanmoins le même idéal de neutralité de l'État. Le reproche d'ethnocentrisme des constitutions libérales est au fondement du constitutionnalisme transformateur, et de la volonté des États latino-américains de respecter et de protéger l'ensemble des identités. Le constitutionnalisme transformateur, en reconnaissant l'hétérogénéité sociale et en incluant les acteurs sociaux « oubliés », fournit un exemple d'élargissement du Juste en vue d'atteindre plus efficacement l'idéal de neutralité de l'État permettant à chaque individu de vivre selon sa propre vision du monde. L'inclusion dans le cadre du Juste des victimes de la colonisation correspond à une remise en cause de la modernité libérale, celle-ci étant tout entière tournée autour de la colonisation. Certaines constitutions latino-américaines vont plus loin encore dans la réécriture du cadre du Juste, en mettant en place un constitutionnalisme « éco-centrique » qui propose un dépassement de l'anthropocentrisme.

§2. La refondation du Juste par-delà du paradigme libéral

673. Parmi les constitutions transformatrices d'Amérique latine, certains auteurs identifient plus précisément des constitutions axées autour d'une relation nouvelle entre l'Homme et la nature : les constitutions « éco-centriques »²²⁵⁰. Le constitutionnalisme éco-centrique représente un tournant dans le constitutionnalisme transformateur, et son apparition peut être identifiée dans la Constitution équatorienne de 2008, bien que le terme n'apparaisse ni dans la Constitution ni dans la jurisprudence équatorienne²²⁵¹. Le concept de constitutionnalisme éco-centrique se caractérise par la volonté de « dépasser les schémas juridiques/sociologiques anthropocentrique et biocentrique »²²⁵². Ce constitutionnalisme – également appelé « constitutionnalisme vert »²²⁵³ – est axé autour de la prétention de sortir du

²²⁵⁰ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit. ; F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit.

²²⁵¹ A. BRITES OSORIO DE OLIVEIRA, « Les droits de la nature dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain à partir du regard de l'anthropologie juridique », art. cit.

²²⁵² F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 333.

²²⁵³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Le constitutionnalisme 'vert' : Much ado about nothing ? », in *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dubuy*, Leiden, Brill, 2014, pp. 909-927 ; V. BERNAUD et F. CALDERON-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert : la Colombie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, n° 2, pp. 321-343.

modèle anthropocentrique en vue de créer un nouveau modèle organisé autour de la nature, alors « érigée en sujet de droit(s) »²²⁵⁴. Parce que ces constitutions ont précisément pour finalité de transformer le modèle de société d'un modèle anthropocentrique à un modèle éco-centrique, elles doivent être appréhendées comme des constitutions *transformatrices*. Au contraire du modèle anthropocentrique, qui « considère l'être humain comme l'alpha et l'oméga de toute la société et dans lequel « les ressources naturelles – regardées comme des objets – n'existent qu'au regard des besoins et envies de l'être humain »²²⁵⁵, le modèle éco-centrique place la nature au cœur de la société, et l'envisage *indépendamment* de sa relation à l'Homme²²⁵⁶. Si les constitutions latino-américaines sont nombreuses à reconnaître la nécessité de protéger l'environnement²²⁵⁷ – à l'instar du chapitre VI intitulé « De l'environnement » de la Constitution brésilienne de 1988, du chapitre I de la Constitution du Paraguay intitulé « De la vie et de l'environnement », ou encore du chapitre IX de la Constitution vénézuélienne intitulé « Des droits de l'Environnement » – l'un des modèles par excellence de constitutionnalisme « éco-centrique » est le modèle colombien, via sa constitution consacrant le droit à un environnement sain, mais surtout grâce à sa jurisprudence constitutionnelle innovante²²⁵⁸ opérant un « verdissement » de la Constitution²²⁵⁹. Par ailleurs, le seul pays à intégrer explicitement les « droits de la nature »²²⁶⁰ directement à sa Constitution est l'Équateur, dont le chapitre 7 de la nouvelle Constitution de 2008 attribue à la nature un certain nombre de droits. Ces modèles, en particulier le modèle colombien, proposent un constitutionnalisme particulièrement novateur, éco-centré, qui remet en cause l'anthropocentrisme et l'individualisme des constitutions libérales (I). Ce modèle, s'il propose donc de sortir du

²²⁵⁴ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 333.

²²⁵⁵ *Ibid.*, p. 338.

²²⁵⁶ Cette indépendance de la nature par rapport à l'Homme permet de distinguer le modèle éco-centrique du modèle biocentrique, car, dans ce dernier, la protection de la nature vise à protéger l'être humain et ses ressources, et non la nature en elle-même (*Ibid.*, p. 339). Sur l'évolution vers un modèle biocentrique : S. EMMENEGGER et A. TSCHENTSCHER, « Taking Nature's Rights Seriously: The Long Way to Biocentrism in Environmental Law », *Georgetown International Environmental Law Review*, 1994, vol. 6, n° 3, pp. 545-592.

²²⁵⁷ Sur la création de tribunaux environnementaux en Amérique Latine : V. CHIU, « Les tribunaux environnementaux et la justice constitutionnelle : l'exemple latino-américain », in *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 87-107.

²²⁵⁸ Sur l'évolution jurisprudentielle relative à l'environnement de la Cour constitutionnelle colombienne : V. BERNAUD et F. CALDERON-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert », art. cit.

²²⁵⁹ V. CHIU, « Les tribunaux environnementaux et la justice constitutionnelle : l'exemple latino-américain », art. cit., p. 91.

²²⁶⁰ L'idée d'accorder des droits à la nature précède le constitutionnalisme transformateur : l'article de C. Stone paru dans les années 1970 (C. STONE, « Should Trees Have Standing ? Toward Legal Rights for Nature Objects », *Southern California Law Review*, 1972, vol. 45, pp. 450-501) est consensuellement considéré comme un « article précurseur » sur ce sujet (P. BRUNET, « Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles : un commun qui s'ignore ? », *Storia costituzionale*, II semestre 2019, n° 38, p. 39).

paradigme libéral, montre néanmoins qu’une refondation du Juste par-delà le socle libéral n’exclut pas le fait que l’État poursuive un idéal de neutralité (II).

I. Le dépassement de l’anthropocentrisme dans le constitutionnalisme éco-centrique

674. Le constitutionnalisme éco-centrique offre un exemple dans le réel d’une refondation du Juste par-delà ses fondations libérales anthropocentrées, tout en conservant la volonté de poursuivre l’idéal de neutralité de l’État. Dans ce modèle, deux points, en particulier, témoignent de cette volonté de refonder le Juste : la reconnaissance de la nature comme sujet de droit(s) (A), ainsi que la reconnaissance de l’existence de droits bio-culturels (B).

A) La reconnaissance de la nature comme sujet de droit(s)

675. À partir de l’adoption de sa nouvelle constitution en 1991, la Colombie se présente comme un modèle en matière de protection de l’environnement et de la biodiversité. D’abord, le droit de l’environnement fut constitutionnalisé : le chapitre III de la Constitution traite des droits collectifs et de l’environnement²²⁶¹, et les articles 186 et suivants mettent en place des juges spécialisés en matière environnementale. Et surtout – témoignant du rôle majeur du juge constitutionnel dans le modèle de constitutionnalisme transformateur – sa jurisprudence a très largement contribué au développement d’un constitutionnalisme « vert ». Dans plusieurs décisions majeures, la Cour constitutionnelle colombienne a reconnu la nature comme sujet de droit(s)²²⁶², invitant par-là à un profond changement de modèle. La première, et donc la plus innovante, est la décision T-622 de 2016, qui reconnaît la qualité de sujets de droits au Rio Atrato et impose à l’État un « nouvel impératif de protection » de la nature et de la biodiversité²²⁶³. Cette décision matricielle a une importance décisive, car le juge constitutionnel colombien invite à un « changement de paradigme civilisationnel » en faisant de la nature « un

²²⁶¹ La Constitution bolivienne ne reconnaît pas, dans son texte, la nature comme sujet de droits. Pour A. Le Quinio, la Constitution en elle-même est encore dans une perspective anthropocentrique (A. LE QUINIO, V. CHIU et A. LE QUINIO, « Le juge constitutionnel et la reconnaissance de droits au profit de la nature : réflexion à l’aune des exemples de la Bolivie et de l’Équateur », art. cit., p. 269).

²²⁶² V. BERNAUD et F. CALDERON-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert », art. cit.

²²⁶³ F. LAFFAILLE, « Le juge, l’humain et l’Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit., p. 560.

sujet de *droit* porteur de *droits* »²²⁶⁴. Dans une décision de la Cour suprême de Justice du 5 avril 2018, le juge colombien reconnaît l'Amazonie colombienne comme étant également « sujet de droits » et ordonne aux pouvoirs publics de mettre en place un plan d'action pour lutter contre la déforestation de la partie colombienne de l'Amazonie²²⁶⁵. Pour F. Laffaille, cette décision « requalifie la nature même de l'État de droit démocratique/social, donnant un sens plein à la notion d'*État environnemental* »²²⁶⁶. En 2010, la Cour constitutionnelle déclarait déjà que « les éléments composant le concept d'environnement peuvent être protégés en soi et non pas simplement parce qu'ils sont utiles ou nécessaires pour le développement de la vie humaine »²²⁶⁷ actant la volonté d'atteindre un modèle éco-centrique, et non pas seulement biocentrique. Ces décisions issues de la jurisprudence colombienne ont développé le constitutionnalisme éco-centrique colombien, et ont plusieurs conséquences importantes concernant la neutralité de l'État.

676. Tout d'abord, elles élargissent le cadre du Juste aux générations futures. En effet, la décision de 2018, qui reconnaît l'Amazonie comme sujet de droits, a ordonné un « pacte intergénérationnel pour la vie de l'Amazonie colombien » ayant pour objectif de protéger les générations futures des atteintes portées à l'Amazonie²²⁶⁸. Afin de préserver le droit à la vie et à la santé de ces générations futures, il est désormais primordial de protéger la nature et la biodiversité. En raison de l'importance de limiter le changement climatique et de préserver la biodiversité pour les générations futures, « [l]'être humain ne peut plus – en arguant de sa spécificité/supériorité – mépriser un écosystème dont il est partie, qui conditionne son existence et dont il conditionne l'existence »²²⁶⁹. Dès lors, comme le confirme une décision de 2019 reconnaissant le Río Magdalena comme sujet de droits, il est du rôle de l'État de les protéger :

« [...] la responsabilité attribuée à l'État [...] et à la communauté en général, est de protéger et d'éviter toute atteinte possible aux droits fondamentaux des générations futures, qu'il s'agisse de leur vie, de leur eau ou de leur environnement sain [...] et de permettre la pleine jouissance [...] des ressources naturelles et

²²⁶⁴ F. LAFFAILLE, « Conclusions : indispensable et ambivalente diversité », in C. RUET et F. AUMOND (éds.), *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, coll. « Colloques & Essais », Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, p. 292.

²²⁶⁵ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit., p. 550.

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 552.

²²⁶⁷ Décision C-666 de 2010, citée par V. BERNAUD et F. CALDERON-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert », art. cit., p. 332.

²²⁶⁸ *Ibid.*, p. 333.

²²⁶⁹ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit.

des écosystèmes qui constituent la source fluviale la plus importante de la Colombie, comme l'est le fleuve Magdalena »²²⁷⁰

La consécration de ces « droits générationnels (présents ou futurs) »²²⁷¹ correspond à un élargissement du cadre du Juste.

677. Surtout, afin de préserver la nature et la biodiversité, le juge colombien invite à un dépassement de l'anthropocentrisme et du paradigme libéral de l'individu au centre du monde. Pour le juge colombien, le fait de reconnaître la nature comme sujets de droit est l'aboutissement d'un changement de vision : d'une « vision anthropocentrique concevant l'être humain comme unique raison d'être du système légal et ne voyant dans les ressources naturelles que de simples objets au service du premier », le modèle colombien passe à une vision « contre-hégémoniqu[e] qui considèr[e] la nature comme un authentique sujet de droits, et qui s'appui[e] sur des cosmovisions plurielles et alternatives à la position majoritaire »²²⁷². C'est dans la décision de 2018 que le juge colombien prend acte de ce « changement sociétal » qui « repose sur la césure suivante : “perspective anthropocentrique” *versus* “critère écocentrique-anthropique” »²²⁷³. Par conséquent, cette décision de la Cour suprême de Colombie remet profondément en cause le paradigme libéral en considérant que les êtres humains ne peuvent pas « méconnaître les droits de la nature » : le juge dégage une « obligation de non-faire » qui met « un frein à l'autonomie de la volonté, matrice de la pensée libérale »²²⁷⁴. Le fait de reconnaître la nature comme sujet de droits entraîne donc un profond changement de modèle.

678. Dans la jurisprudence constitutionnelle colombienne, la reconnaissance de la nature comme sujet de droit s'inscrit dans une critique de la philosophie du progrès. La croyance dans laquelle le progrès mènerait éternellement au bonheur, notamment grâce à l'intervention technique²²⁷⁵, est remise en cause par le juge. En particulier, l'idée que le progrès ne peut être compatible avec la sauvegarde de la planète et porte gravement atteinte à un certain nombre de cultures est largement partagée. Pour F. Laffaille, la critique opérée par la Cour

²²⁷⁰ Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento – Neiva (Huila), Sentencia de Tutela de Primera Instancia n°071. Rad. 41001-3109-001-2019-00066-00 (2019), cité par V. BERNAUD et F. CALDERON-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert », art. cit., p. 337.

²²⁷¹ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit., p. 552.

²²⁷² Décision T-080 de 2015, citée par V. BERNAUD et F. CALDERON-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert », art. cit., p. 333.

²²⁷³ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit., p. 556.

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ F. LAFFAILLE, « Constitutionnalisme écocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », in *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, coll. « Droit comparé », Paris, L'Harmattan, 2021, p. 215 et s.

constitutionnelle colombienne « ouvre un procès civilisationnel, un procès mettant sur le banc des accusés notre conception de *nous* voir comme civilisation »²²⁷⁶. La jurisprudence colombienne défend l'idée que la nature – sujet de droits – doit désormais être protégée *par* ceux qui l'ont abîmée, et que la poursuite du progrès par la technique porte atteinte à la planète et en particulier au Tiers Monde²²⁷⁷. L'idée que, désormais, « l'être humain est au service de la nature »²²⁷⁸ est également liée, dans la jurisprudence colombienne, à la reconnaissance de droits bio-culturels²²⁷⁹.

679. Si la jurisprudence colombienne est la seule à avoir construit cette notion de « constitution éco-centrique », d'autres pays ont reconnu des droits à la nature, abolissant alors la distinction entre nature et culture, et consacrant une « diversité bio-culturelle »²²⁸⁰. En particulier, la nouvelle Constitution de l'Équateur de 2008 consacre un chapitre entier à la reconnaissance de droits à la nature, en lien avec la philosophie de la *Pacha Mamma* et la reconnaissance de la valeur de Terre-Mère, consacrant ainsi la cosmologie andine au sein même du texte constitutionnel²²⁸¹. En 2010, la Bolivie a adopté une charte visant à la reconnaissance de droits à la nature²²⁸², reconnaissant alors des droits à la *Pacha Mamma* – la Terre-mère : l'article 5 énonce en effet qu'elle est un « sujet collectif d'intérêt général » titulaire de droits. De son côté, la Nouvelle-Zélande a reconnu la personnalité juridique à un parc naturel – le Te Urewara – ainsi qu'à un fleuve – le Whanganui²²⁸³ en vue de résoudre un conflit avec des tribus Maori. Concernant le fleuve Whanganui, cette reconnaissance s'est faite en plusieurs temps, au

²²⁷⁶ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 553.

²²⁷⁷ Décision T-622 de 2016, Cour constitutionnelle de Colombie : « L]e concept de développement était - et reste dans une large mesure - une approche politique centraliste, hiérarchique, ethnocentrique et technocratique qui considère les populations et la culture comme des objets abstraits et des chiffres statistiques à accommoder en fonction des priorités du progrès. Ce modèle de développement a été conçu non pas comme un processus culturel mais au contraire comme un système universel d'interventions techniques dont le but est de fournir des ressources, des biens et des services aux personnes (jugées selon ce critère) ayant les plus grands besoins. Il n'est donc pas surprenant que le développement soit devenu une telle force destructrice pour les cultures du soi-disant tiers-monde, ironiquement, au nom de l'intérêt supérieur des populations » (traduction libre).

²²⁷⁸ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 553.

²²⁷⁹ Voir *infra*, §680 et s.

²²⁸⁰ J. FOYER, « Les multiples politiques de la diversité bio-culturelle : Entre modernité alternative et rhétorique instrumentale », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 377-389.

²²⁸¹ D. LANDIVAR et É. RAMILLIEN, « Savoirs autochtones, « nature-sujet » et gouvernance environnementale : une analyse des reconfigurations du droit et de la politique en Bolivie et en Équateur », *Autrepart*, 2017, vol. 81, n° 1, pp. 135-158.

²²⁸² Elle s'est faite par l'adoption de deux lois : « Ley de Derechos de la Madra Tierra », n°71, 21 décembre 2010 ; « Ley Marco de Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien », n°300, 15 octobre 2012.

²²⁸³ Voir, sur ce point, l'étude critique de P. Brunet, pour qui il n'est pas approprié de parler de « droits » de la nature, et utilise l'exemple néo-zélandais du fleuve Whanganui et du parc Te Urewera : P. BRUNET, « Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles : un commun qui s'ignore ? », art. cit.

terme d'un long contentieux remontant à l'année 1873²²⁸⁴ opposant les tribus Maoris vivant le long du fleuve Whanganui et le gouvernement néo-zélandais. Le conflit portait sur la possession et l'exploitation du fleuve et des territoires environnants : le gouvernement néo-zélandais exploitait le fleuve et ses territoires, sur lesquels vivaient des tribus Maoris qui entretenaient, conformément à leur cosmologie, une relation spirituelle avec le fleuve et la nature environnante²²⁸⁵. Or, un traité signé en 1840 entre des chefs Maoris et le gouvernement néo-zélandais accordait ces terres aux Maoris. L'exploitation du fleuve par le gouvernement s'oppose à la cosmologie des Maoris selon laquelle la Terre ne peut faire l'objet d'une « propriété privée » – y compris si la propriété leur revenait, ce qui n'était pas possible eu égard aux différentes constructions sur ce territoire. La loi du 20 mars 2007 reconnaît le statut de personne juridique titulaire de droits au fleuve Whanganui²²⁸⁶, ce qui apparaissait comme la seule solution pour que le fleuve ne puisse faire l'objet d'une appropriation²²⁸⁷. De la même manière, les lois du 27 juillet 2014 reconnaissent la personnalité juridique au parc Te Urewera. Le système mis en place permet aux Maoris de protéger leurs coutumes, et bien sûr les territoires concernés. Ces deux lois reconnaissant la personnalité juridique au fleuve Whanganui et au parc Te Urewera correspondent à la reconnaissance de droits à la nature. De même, le code de l'environnement de la province des îles Loyauté en Nouvelle Calédonie contient un article 110-3 qui, considérant l'importance de l'environnement naturel pour la société kanak, dispose que certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître la personnalité juridique. Ces différents exemples témoignent d'un dépassement de l'anthropocentrisme libéral, tout comme la reconnaissance de droits-bioculturels.

B) La reconnaissance de droits bio-culturels

680. La reconnaissance des communautés autochtones dans les constitutions andines n'implique pas systématiquement l'existence de droits spécifiques qui leur seraient rattachés²²⁸⁸. Ceux-ci existent néanmoins dans de nombreuses constitutions latino-américaines.

²²⁸⁴ *Ibid.*, p. 51.

²²⁸⁵ Pour plus de détails sur ce contentieux : *Ibid.*, p. 45 et s.

²²⁸⁶ Pour une analyse exhaustive de la manière dont le fleuve Whanganui est devenu titulaire de droits : S. BOURGEOIS-GIRONDE, *Être la rivière : comment le fleuve Whanganui est devenu une personne vivante selon la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2020.

²²⁸⁷ P. BRUNET, « Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles : un commun qui s'ignore ? », art. cit., p. 46 et s.

²²⁸⁸ Sur ce sujet, la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme considère que les pays reconnaissant des droits spécifiques aux autochtones sans prévoir de mécanismes s'y rattachant violent la Convention interaméricaine des droits de l'Homme (CIADH, *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 31 août 2001,

Parmi eux, les droits bioculturels témoignent du caractère éco-centrique de la constitution, et intéressent la refondation du Juste. En effet, la reconnaissance de ces droits va à l'encontre du paradigme libéral. Il y a, tout d'abord, un droit à la propriété collective – ou « communautaire » – des autochtones dans de nombreuses constitutions latino-américaines. Par exemple, l'article 64 de la Constitution du Paraguay, intitulé « De la propriété communautaire », dispose :

« Les peuples autochtones ont le droit à la propriété communautaire de la terre, d'une taille et d'une qualité suffisantes pour assurer la conservation et le développement de leurs modes de vie particuliers. L'État leur fournira gratuitement ces terres qui sont insaisissables, indivisibles, incessibles, imprescriptibles, insusceptibles de garantir des obligations contractuelles ni d'être louées ; elles seront également exemptées d'impôts.

L'enlèvement ou le transfert de leur habitat sans leur consentement explicite est interdit. »

De la même manière, l'article 119 de la Constitution du Venezuela reconnaît également ce droit à la propriété collective :

« L'État reconnaît l'existence des peuples et communautés indigènes, leur organisation sociale, politique, et économique, leurs cultures, us et coutumes, langues et religions comme leur habitat et droits coutumiers, *les terres ancestrales que traditionnellement ils occupent, nécessaires pour développer et garantir leur mode de vie.*

Il est du ressort de l'Exécutif National, avec la participation des peuples indigènes, de délimiter et de garantir la propriété collective de leurs terres, lesquelles seront inaliénables, imprescriptibles et intransférables en accord avec le contenu de la présente Constitution et loi. »

Il revient ainsi à l'État de garantir, dans certains pays latino-américains, la propriété collective des peuples autochtones des terres qu'ils occupent. Ces droits à la propriété collective ou communautaire sont également qualifiés de « droits à la terre »²²⁸⁹. De ces droits à la propriété collective, la Cour constitutionnelle colombienne tire la notion de « droits bioculturels ». Les peuples autochtones se sont vus reconnaître par la Cour constitutionnelle colombienne des droits « bio-culturels », justifiés par leur connexion particulière avec la nature²²⁹⁰. Non seulement les droits bio-culturels sont des droits collectifs, mais de plus, ils lient

§112 ; A. LE QUINIO, « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, n° 2, p. 306).

²²⁸⁹ A. LE QUINIO, « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », art. cit.

²²⁹⁰ F. DEROCHÉ, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : Un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008.

les droits des communautés autochtones à la nature. Les droits bio-culturels sont « les droits des communautés ethniques, droits d'administrer leur existence de manière autonome, sur leurs territoires : en vertu de leurs propres lois et coutume, de leur culture, de leurs traditions, de leurs formes de vie »²²⁹¹. Le droit à la propriété collective, par exemple, est un droit bioculturel, car l'appréhension du territoire par les communautés autochtones est collective, et découle de la cosmovision des peuples aborigènes²²⁹². Tout comme la reconnaissance de la nature comme sujet de droits, la reconnaissance – par la jurisprudence colombienne – de droits bio-culturels correspond à un bouleversement, voire un renversement du paradigme libéral. La reconnaissance de ces droits s'inscrit dans la critique de la modernité opérée par la Cour constitutionnelle, pour qui « la modernité [a été] synonyme de violation des droits bioculturels »²²⁹³. Les droits bio-culturels « sont centrés sur la “relation spéciale” que les communautés ethniques entretiennent avec la Nature ; en découle une protection juridictionnelle spécifique de ces groupes minoritaires, porteuses d'une substantielle portion du destin environnement national »²²⁹⁴. La notion de droits bio-culturels est donc particulièrement novatrice, en tant qu'elle lie les communautés autochtones avec la nature. La Cour exprime l'idée que les communautés autochtones ont un rôle particulier à jouer dans la constitution éco-centrique, en raison de leur relation particulière avec la nature. En liant des droits à la nature, la notion de droits bio-culturels repose donc sur « l'interdépendance reliant l'Homme et la Nature »²²⁹⁵. Non seulement la préservation de la nature est indispensable au mode de vie des peuples autochtones, mais ces derniers le sont – parallèlement – à la préservation de la nature. Or, cette vision du monde holiste et éco-centrée remet largement en cause l'anthropocentrisme moderne en liant l'individu à la communauté et au territoire²²⁹⁶. Là encore, comme dans la reconnaissance de la nature comme sujet de droits, la reconnaissance de droits bio-culturels correspond à une refondation du Juste. Le Juste s'étend aux conceptions du monde éco-centrées et holistes.

²²⁹¹ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 334.

²²⁹² Dans sa décision de 2016, la Cour constitutionnelle de Colombie a ainsi souligné que les terres occupées de manière collective par les indigènes constituaient « un élément intégrateur de la *cosmovision* et de la religiosité des peuples aborigènes » (F. LAFFAILLE, « Constitutionnalisme écocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », art. cit., p. 207).

²²⁹³ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 353.

²²⁹⁴ *Ibid.*, p. 334.

²²⁹⁵ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit., p. 551.

²²⁹⁶ F. LAFFAILLE, « Constitutionnalisme écocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », art. cit., pp. 206-208.

II. La persistance de l'idéal de neutralité

681. Le constitutionnalisme éco-centrique modifie en profondeur la vision du monde sur laquelle sont basés les accords politiques. Avec ce type de constitutionnalisme, les fondements du libéralisme et donc de la neutralité de l'État sont profondément remis en cause. Tant les constitutions – qui reconnaissent par exemple un droit à la propriété collective – que les décisions juridictionnelles – comme la jurisprudence colombienne et sa décision matricielle de 2016 – en reconnaissant à l'échelle constitutionnelle la pluralité des identités et parfois même en intégrant des *cosmovisions* aux antipodes de la vision libérale du monde, offrent un exemple particulièrement parlant d'une possible refondation du cadre du Juste par-delà le paradigme libéral. Or, dans le contexte contemporain, dans lequel l'idéologie libérale dans son ensemble est critiquée, et qui se caractérise par une perte de foi dans la philosophie du progrès, ainsi que par le constat d'une responsabilité de l'Homme à la fois dans la catastrophe climatique présente et future du XX^e siècle, mais aussi dans sa possible solution, la refondation d'accords politiques remettant en cause les acquis libéraux n'est pas seulement du domaine de l'imaginaire. Les dérives de l'individualisme, du capitalisme, et, plus généralement, de l'anthropocentrisme, interrogent nécessairement sur la mutation du rôle de l'État moderne. Or, le concept de neutralité est *fondé* sur le socle libéral de l'individualisme²²⁹⁷ : en raison de la primauté de l'individu, l'État doit être neutre afin de permettre la liberté et l'égalité des individus. Dès lors, il s'agit de s'interroger sur l'avenir du concept de neutralité de l'État, étant entendu que les distinctions fondatrices sur lesquelles reposaient le libéralisme s'ébrèchent, et que, comme le montre l'exemple du constitutionnalisme transformateur, l'action de l'État n'est plus nécessairement dirigée pour l'Homme et vers le Progrès. Cela interroge, par conséquent, sur l'évolution des frontières du Juste si les constitutions ne sont plus *anthropocentrées*. Le constitutionnalisme éco-centrique, parce qu'il vise notamment à inclure des « cosmovisions » opposées à l'anthropocentrisme et l'individualisme, témoigne néanmoins d'une persistance de l'idéal de neutralité par-delà ses distinctions fondatrices (A), qui interroge sur l'avenir du principe de neutralité (B).

²²⁹⁷ Voir *supra*, § 88 et s.

A) La neutralité par-delà ses distinctions fondatrices

682. L'exemple du constitutionnalisme transformateur et, plus spécifiquement, du constitutionnalisme éco-centrique témoigne de la persistance de l'idéal de neutralité par-delà le socle libéral sur lequel il reposait. Les constitutions transformatrices renferment, en effet, des éléments non-modernes, et renvoient alors à une critique globale du constitutionnalisme libéral. L'inclusion des visions du monde autochtones au sein même des constitutions a pour conséquence un élargissement majeur de la neutralité par la réécriture des accords du Juste incluant les acteurs autrefois écartés. La reconnaissance de droits « bioculturels » aux autochtones permet d'inclure des conceptions du bien et visions du monde éco-centrés et holistes. De même, la reconnaissance de droits à la nature vise également à modifier la représentation individualiste du monde. Aussi, la reconnaissance des autochtones et de leurs cosmovisions a pour conséquence d'élargir le cadre de la neutralité de l'État. Dans une décision T-342 de 1994, la Cour constitutionnelle colombienne rappelait que la spécificité des peuples indigènes nécessite que l'État protège leur « intégrité et la diversité ethnique et culturelle »²²⁹⁸. Dans la décision de 2016, la Cour déclarait surtout que les peuples indigènes ont « une conception du territoire et de la nature étrangère aux canons juridiques de la culture occidentale »²²⁹⁹. La reconnaissance de droits à la propriété collective est particulièrement novatrice, en tant qu'elle ne correspond pas à la vision libérale du droit de propriété. Dans sa décision de 2016, la Cour constitutionnelle colombienne a précisément relevé que, pour les autochtones, le territoire qu'ils occupent ne peut faire l'objet d'une propriété privée au sens individuel « comme cela s'entend dans la conception classique du droit privé occidental mais à tout le groupe humain qui l'habite, de telle manière qu'il acquiert un caractère éminemment collectif »²³⁰⁰. Ainsi, la reconnaissance aux autochtones de ce droit de propriété collective remet non seulement en cause la vision libérale de la propriété privée²³⁰¹, mais, plus encore, permet

²²⁹⁸ Décision T-342 de 1994, Cour constitutionnelle de Colombie, citée par F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 349.

²²⁹⁹ A. LE QUINIO, « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », art. cit., p. 308.

²³⁰⁰ Décision T-622 de 2016, Cour constitutionnelle de Colombie, citée par A. LE QUINIO, « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », art. cit., p. 308. Sur ce point, voir l'article de J. Tully sur la différence de fondements dans le concept de propriété privée dans le monde occidental et chez les communauté autochtones : J. TULLY, « Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground », *Social Philosophy and Policy*, 1994, vol. 11, n° 2, pp. 153-180.

²³⁰¹ C'est précisément la question de l'appartenance de la terre qui est à l'origine d'un long contentieux entre les Kanaks et le gouvernement de Nouvelle-Calédonie autour de la définition et de la reconnaissance de la propriété indigène : I. MERLE, « La construction d'un droit foncier colonial », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, novembre 1999, n° 7, pp. 97-126.

aux autochtones de vivre en accord avec leur « *cosmovision* globale »²³⁰², laquelle contient cette vision collective des terres. Comme l’a relevé la Cour constitutionnelle colombienne, l’appréhension collective des terres est partie intégrante de la culture et du mode de vie des autochtones. Ainsi, en reconnaissant aux autochtones un droit à la propriété collective, les constitutions latino-américaines opèrent une refondation du cadre du Juste au-delà d’une vision libérale traditionnelle, qui permet d’englober plus largement les cultures et conceptions du bien, parmi lesquelles la cosmovision des peuples autochtones. La jurisprudence colombienne avait largement admis, avant les décisions de 2016 et de 2018, que la préservation des territoires aborigènes était essentielle pour que ces derniers puissent vivre en accord avec leur mode de vie :

« Le droit de propriété collectif exercé sur les territoires indigènes revêt une importance essentielle pour les cultures et valeurs spirituelles des peuples aborigènes. Il en ressort une relation spéciale des communautés indigènes avec les territoires qu’elles occupent, non seulement parce qu’ils sont leur principal moyen de subsistance mais aussi parce *qu’ils constituent un élément inhérent à la vision du monde et la religiosité des peuples aborigènes.* »²³⁰³

Ainsi, elle avait admis que la neutralité de l’État quant aux conceptions du bien nécessitait la préservation des territoires aborigènes.

683. Dans cette volonté d’envisager les droits des indigènes dans une perspective « bioculturelle », il y a bien une volonté d’inclure les visions holistes de la société, et ainsi, d’élargir le Juste au-delà de la conception occidentale du monde, car la reconnaissance des autochtones et, plus spécifiquement, de droits qui leur sont rattachés du fait de leur identité particulière, témoigne de la volonté d’acter la non-supériorité de la vision occidentale sur les autres visions du monde. La reconnaissance de la spécificité des peuples indigènes s’inscrit dans un dépassement d’une vision occidentale unique du monde :

« Le système existentiel occidental – si tant est que l’adjectif soit porteur d’une totale homogénéité – ne peut prétendre imposer son *modus operandi* aux communautés porteuses d’une autre conception du monde. Grâce à la Cour, est rappelée l’idée banale – mais souvent oubliée – que le droit/les droits découlent d’une vision

²³⁰² A. LE QUINIO, « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », art. cit., p. 308.

²³⁰³ Décision T-188 de 1993, Cour constitutionnelle de Colombie, citée par F. LAFFAILLE, « Constitution éconcentrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 348 (Nous soulignons).

du monde ; et aucune vision du monde (ici l'occidentale) ne peut prétendre à la supériorité, incarner l'entier monde. »²³⁰⁴

Reconnaître l'identité autochtone revient donc à opérer un élargissement considérable du cadre de la neutralité, en tant que ces peuples ont une *cosmovision* holiste et donc diamétralement opposée à la vision du monde occidentale. Toutefois, la mention des peuples autochtones dans la Constitution ne revient pas systématiquement à reconnaître la vision du monde qui leur est propre et donc à inclure celle-ci dans le cadre du Juste²³⁰⁵. Ce sont les modalités de cette reconnaissance et les droits qui y sont attachés qui vont déterminer si la Constitution entend inclure une vision du monde holiste et éco-centrique au sein de la Constitution. À ce titre, la Constitution bolivienne, qui met en place un État *plurinational*²³⁰⁶ dans l'objectif d'aboutir à une « symbiose entre les valeurs postcoloniales et autochtones »²³⁰⁷, montre une réelle volonté d'inclure la cosmovision éco-centrée de sa population autochtone, et d'aller ainsi « plus loin que les politiques multiculturalistes mises en place au cours de la décennie antérieure »²³⁰⁸. L'article 8.1 de la Constitution indique par exemple que « [l']État assume et soutient comme principes éthico-moraux de la société pluraliste : *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (ne sois pas paresseux, ne sois pas voleur, ne sois pas menteur), *suma qamaña* (vivre bien), *ñandereko* (vie harmonieuse), *teko kavi* (bonne vie), *ivi maraei* (la terre sans mal), et *qhapaj ñan* (le chemin ou la voie noble) »²³⁰⁹. De même, la Constitution équatorienne de 2008, particulièrement novatrice²³¹⁰, inclut au cœur de sa constitution les cosmovisions

²³⁰⁴ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., pp. 349-350.

²³⁰⁵ A. LE QUINIO, « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », art. cit., p. 304.

²³⁰⁶ S. SCHAVALZON et P. BEAUCAGE, « Cosmopolitique constituante en Bolivie : La Constitution « ouverte » et le surgissement de l'État plurinational », art. cit.

²³⁰⁷ R.V. PASTOR et R.M. DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », art. cit., p. 38.

²³⁰⁸ S. SCHAVALZON et P. BEAUCAGE, « Cosmopolitique constituante en Bolivie : La Constitution « ouverte » et le surgissement de l'État plurinational », art. cit., pp. 91-92.

²³⁰⁹ Cité par *Ibid.*, p. 79. Sur ce point, voir aussi : L. LACROIX, « État plurinational et redéfinition du multiculturalisme en Bolivie », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 135-145. L'auteur distingue entre le plurinationalisme et le multiculturalisme libéral : « Alors que le multiculturalisme libéral repose sur l'idée que les peuples autochtones constituent des minorités culturelles auxquelles il faut conférer un statut particulier et pour lesquelles il faut élaborer des politiques spécifiques face à une culture hégémonique [note de bas de page supprimée], le plurinationalisme propose quant à lui, dans un processus de reconstruction des catégories sociales historiques, d'abolir toute distinction entre minorités et majorités par l'adoption d'une approche transversale de la question autochtone ».

²³¹⁰ La constitution équatorienne est la première constitution latino-américaine à inclure l'identité autochtone et la pluralité de cosmovision dans sa constitution (A. BRITES OSORIO DE OLIVEIRA, « Les droits de la nature dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain à partir du regard de l'anthropologie juridique », art. cit.).

indigènes, dès son préambule²³¹¹. En revanche, le chapitre VIII de la Constitution du Venezuela, intitulé « Les droits des peuples indigènes », s'il reconnaît l'existence des peuples indigènes et leur accorde un certain nombre de droits, ne mentionne pas le lien entre la nature et les peuples indigènes, ni ne leur reconnaît de droit « bioculturels ». De la même manière, le chapitre V de la Constitution du Paraguay, intitulé « Des peuples autochtones », reconnaît « l'identité ethnique » des peuples autochtones, mais ne fait pas mention de leur lien avec la nature ni de droits qui y serait rattachés. Ainsi, la reconnaissance des autochtones n'implique pas nécessairement une volonté de refonder concrètement le cadre du Juste afin d'y inclure les visions du monde éco-centrées et holistes des peuples autochtones. Néanmoins, dans les constitutions qui ont la volonté d'inclure la *cosmovision* éco-centrée des peuples autochtones, il s'agit d'une refondation du Juste qui n'inclut plus seulement l'individualisme, mais également des visions holistes du monde. La Cour constitutionnelle colombienne affirme sa volonté de promouvoir une « nouvelle vision de l'État dans laquelle on ne conçoit pas la personne humaine comme un individu abstrait »²³¹² et affirme donc par là sa volonté de sortir de l'individualisme abstrait. De plus, l'importance accordée à la protection de l'environnement – en particulier dans la Constitution colombienne – témoigne également d'une volonté de dépasser l'individualisme : la prise en compte de la nature et de son interdépendance avec l'Homme correspond à une vision holiste du monde²³¹³. Cette volonté de changer de paradigme afin d'inclure une « nouvelle façon de concevoir la relation entre les êtres humains et l'environnement naturel » est également prégnante dans la nouvelle constitution équatorienne, laquelle reconnaît également des droits à la nature, dont la reconnaissance est liée à celle de la vision du monde des indigènes²³¹⁴. Le lien opéré par le constitutionnalisme éco-centrique entre l'homme et la nature a donc pour conséquence de définir une nouvelle manière d'appréhender

²³¹¹ « Nous, peuple souverain de l'Équateur, reconnaissant nos racines millénaires, forgées par des femmes et des hommes de différents peuples, célébrant la nature, la Pacha Mama, dont nous faisons partie et qui est vitale pour notre existence, invoquant le nom de Dieu et en reconnaissant nos diverses formes de religiosité et de spiritualité, s'appuyant sur la sagesse de toutes les cultures qui nous enrichissent en tant que société, en tant qu'héritiers des luttes sociales de libération contre toutes les formes de domination et de colonialisme, et avec un engagement profond pour le présent et pour l'avenir, nous décidons de construire une nouvelle forme de vie citoyenne en commun, dans la diversité et l'harmonie avec la nature, pour atteindre le bien vivre, le *sumak kawsay* » (Préambule de la Constitution équatorienne de 2008).

²³¹² Décision T-622 de 2016, citée par F. LAFFAILLE, « Constitutionnalisme éco-centrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », art. cit., p. 206.

²³¹³ F. LAFFAILLE, « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », art. cit., p. 341.

²³¹⁴ J. COLÓN-RÍOS, « Comment : The rights of nature and the new latin american constitutionalism », *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 2017, vol. 7, n° 29.

l'individu, « l'individu andin s'[enracinant] dans une logique communautaire et [possédant] une dimension territoriale »²³¹⁵.

684. Par ailleurs, le constitutionnalisme écocentrique porte atteinte à la distinction entre nature et culture, que ce soit en reconnaissant la nature comme sujet de droits, ou en accordant des droits « bioculturels ». La distinction entre nature et culture, notamment théorisée par P. Descola dans son ouvrage *Par-delà nature et culture*²³¹⁶, repose sur l'idée que « les frontières de l'humanité » s'arrêtent « aux portes de l'espèce humaine »²³¹⁷. P. Descola explique que la distinction et l'opposition entre nature et culture, apparue chez les Modernes, n'est pas universelle. Or, avec le constitutionnalisme éco-centrique, il y a une certaine remise en question de la supériorité de l'Homme sur la nature et du cloisonnement entre nature et culture, donnant alors aux « voix non modernes »²³¹⁸ une importance nouvelle. Dans le même sens, et bien qu'elle ne soit pas explicitement qualifiée « d'éco-centrique »²³¹⁹, la Constitution équatorienne de 2008, en reconnaissant la pluralité des cosmovisions, et non seulement la vision occidentale de la nature, remet également en cause la distinction entre nature et culture²³²⁰. Plus généralement, les enjeux climatiques du XXI^e siècle vont nécessairement inviter les États à remettre en cause le postulat de la supériorité de l'Homme sur la nature. Cette remise en cause du cloisonnement entre nature et culture, loin de remettre en cause l'idéal de neutralité, l'élargit en incluant les visions du monde qui, précisément, ne reposent pas sur cette distinction.

685. De même, la reconnaissance de l'existence de droits collectifs – comme le droit à la propriété collective reconnue aux autochtones dans certaines constitutions – correspond à une remise en cause, ou du moins d'un dépassement, du primat de l'individu sur le groupe. Outre le droit à la propriété collective, qui se démarque fortement du droit à la propriété privée, la plupart des droits reconnus aux autochtones dans les constitutions latino-américaines sont des droits collectifs. Il s'agit par exemple du droit à la préservation de leur culture ou du droit d'occuper leurs terres ancestrales. Par ailleurs, la vision libérale de la propriété privée est

²³¹⁵ F. LAFFAILLE, « Constitutionnalisme écocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », art. cit., p. 206.

²³¹⁶ P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 2005.

²³¹⁷ *Ibid.*, p. 19.

²³¹⁸ S. SCHAVELZON et P. BEAUCAGE, « Cosmopolitique constituante en Bolivie : La Constitution « ouverte » et le surgissement de l'État plurinational », art. cit., p. 81. L'auteur y évoque l'exemple de la Constitution bolivienne, dans laquelle « il s'agit d'écouter, de suivre et de constitutionnaliser les assemblages de collectifs et d'hybrides de nature-culture de la pensée autochtone, pour laquelle l'agir conscient n'est pas exclusivement humain [note de bas de page supprimée] et où la réciprocité prévaut face à l'accumulation ».

²³¹⁹ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La Revue des droits de l'homme*, janvier 2020, n° 17.

²³²⁰ A. BRITES OSORIO DE OLIVEIRA, « Les droits de la nature dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain à partir du regard de l'anthropologie juridique », art. cit.

également dépassée et complétée, d'abord par l'existence susmentionnée de droits à la propriété collective, mais également par le fait de considérer certains biens, comme l'Amazonie, comme des « biens communs » qui transcendent la distinction public/privé, et existent sans titre de propriété²³²¹.

686. La vision du monde contenue au sein du Juste est profondément modifiée dans le constitutionnalisme éco-centrique, ce qui témoigne d'une refondation de celui-ci : d'une vision ethnocentrée, le Juste est refondé à partir d'une vision éco-centrée, comme le montrent les exemples de la reconnaissance de la nature comme sujet de droit et de la reconnaissance de droits bio-culturels. Ainsi, dans le constitutionnalisme transformateur, les constitutions sont dotées d'un fort contenu axiologique traduisant la volonté des États d'utiliser la Constitution comme projet de société, redéfinissant les frontières entre le Juste et le Bien. Pour cette raison, l'exemple de ce « nouveau » constitutionnalisme permet d'appuyer le caractère à la fois prescriptif et évolutif de la neutralité, qui – loin d'être un concept figé – est en constante évolution, et surtout, doit être appréhendé dans la pratique des États contemporains non comme une notion explicitement consacrée dans le champ normatif, mais comme un idéal. Inclure, au sein des constitutions, une vision du futur montre le caractère prescriptif de la neutralité. L'idéal de neutralité correspond au projet de l'époque contemporaine : ni l'intervention de l'État dans la sphère du Bien, ni la remise en cause de l'anthropocentrisme et de l'individualisme, ni le questionnement de la viabilité d'une opposition entre nature et culture, ne remettent en cause l'idée de neutralité dès lors que l'État a pour objet d'établir un cadre dans lequel les individus peuvent poursuivre leurs croyances et leurs modes de vie. L'exemple du constitutionnalisme transformateur montre que l'idéal de neutralité de l'État peut s'adapter et évoluer en prenant en compte ses critiques. Le fait de refonder le Juste en vue d'effacer la domination de l'« Homme blanc occidental hétérosexuel », tant sur les minorités que sur la nature, témoigne de cette adaptation : les principales critiques opposées au concept de neutralité se trouvent précisément dans le caractère biaisé de la neutralité qui s'incarnait dans cette domination et dans l'imposition d'une culture hégémonique qualifiée de neutre. La volonté de mettre en œuvre un universalisme *concret* correspond à une adaptation de l'idéal de la neutralité à ses critiques.

²³²¹ F. LAFFAILLE, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », art. cit., p. 562.

B) Réflexions sur l'avenir du principe de neutralité de l'État

687. L'exemple du constitutionnalisme *éco-centrique* témoigne d'une refondation du Juste au-delà des individus. Or, la neutralité de l'État à l'égard des identités, qui caractérise l'époque contemporaine²³²², ne saurait perdurer dès lors que les frontières du Juste s'étendent, au-delà de l'individu, à la nature et aux êtres vivants en général. La refondation du Juste au-delà de l'individu étend considérablement la sphère de la neutralité, mais aussi, paradoxalement, ses limites. Là où les limites de la neutralité se trouvaient dans les droits de l'*Homme*, justifiant par exemple l'interdiction du viol rituel ou de l'excision, le fait de donner le statut de sujets de droit à la nature ou aux animaux multiplierait les limites opposées aux conceptions du bien acceptées dans la sphère du Juste. La sphère du Juste ne correspondrait plus aux droits de l'homme, mais aux « droits sans l'homme »²³²³. Par exemple, l'inclusion des animaux dans le cadre du Juste limiterait la possibilité pour les citoyens des îles Féroé de massacrer des centaines ou des milliers de cétacés chaque année. Par-là leur culture – et donc leur identité – s'en trouverait limitée. Si ce massacre perpétué chaque année dans l'indignation générale perdure aujourd'hui, c'est précisément parce qu'il est partie intégrante de l'identité culturelle des habitants des îles Féroé. Or, au regard de l'évolution présumée du cadre de la neutralité de l'État, il est légitime de penser que l'inclusion de la biodiversité dans le cadre du Juste mettrait un terme à ce type de pratique. Si la limite actuelle à la neutralité est celle des droits de l'*Homme*, la limite future pourrait être celle des droits des *êtres vivants* – ou « droits du vivant »²³²⁴. Il y a ainsi un paradoxe dans la refondation du Juste au-delà de l'individu qui aurait comme conséquence – dans le même temps – d'étendre et de restreindre le cadre de la neutralité de l'État.

688. Accorder une protection plus poussée aux animaux participerait à la refondation du Juste. L'inclusion des animaux – et de la nature – dans le cadre du Juste est caractéristique du caractère évolutif de la neutralité, qui, en tant qu'idéal et projet, n'est jamais abouti. Premier défenseur des animaux, J. Bentham explique de manière particulièrement limpide cette évolution :

« Le jour viendra, où le reste de la création animal récupérera les droits que seule la tyrannie a pu leur enlever. Les Français ont déjà découvert que la noirceur de la peau n'est point une raison pour

²³²² Voir *supra*, § 586 et s.

²³²³ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », art. cit.

²³²⁴ D. ROMAN, *La cause des droits : écologie, progrès social et droits humains*, Paris, Dalloz, 2022, p. 132 et s.

abandonner un être humain aux caprices d'un tourmenteur. Un jour viendra où on reconnaîtra que le nombre de jambes, le velu de la peau, où la terminaison de l'os sacré, sont également des raisons insuffisantes pour abandonner un être sensible à ce même sort. Où passe la ligne de démarcation ? Est-ce la faculté de raisonner, de parler ? [...] Mais un cheval ou un chien adulte est en comparaison beaucoup plus rationnel, et même plus sociable qu'un enfant nouveau-né, ou même âgé d'un mois. Mais il en serait autrement, cela est sans importance, car la question n'est pas peuvent-ils parler ou peuvent-ils raisonner, mais peuvent-ils souffrir ? »²³²⁵

Les fondations du Juste sont nécessairement repensées dès lors que l'Homme cesse de considérer les animaux comme inférieurs, car les limites de la neutralité – jusqu'alors les droits de l'Homme – évolueront nécessairement. Dans leur ouvrage *Zoopolis*, W. Kymlicka et S. Donaldson présentent une « théorie politique du droit des animaux », dont le « but est de proposer un nouveau cadre conceptuel, accordant à la “question animale” une place centrale dans la façon dont nous concevons la nature de notre communauté politique, ainsi que les idées de citoyenneté, de justice et de droits de l'homme qui lui sont associées »²³²⁶. L'objectif des auteurs est explicitement d'inclure les animaux dans le cadre du Juste :

« Il convient donc de développer un nouveau cadre moral, capable d'établir un lien direct entre le traitement des animaux et les principes fondamentaux de la justice libérale/démocratique et des droits de l'homme. »²³²⁷

Les auteurs défendent les droits des animaux²³²⁸ qui impliquent l'inclusion de ceux-ci dans le cadre de la justice : « [l]a théorie du droit des animaux (TDA) part du principe que tous les animaux dotés d'une existence subjective – c'est-à-dire tous les animaux conscients ou sentients – devraient être considérés comme des sujets de la justice, titulaires de droits inviolables »²³²⁹. Ils défendent la nécessité de reconnaître des droits « inviolables » aux animaux, car « [l]imiter ces droits aux êtres humains, c'est faire preuve d'arbitraire moral et de

²³²⁵ J. BENTHAM, 1823 : *Principles of moral and legislation*, Oxford Clarendon Press, réédition 1907, pp. 310-311 cité par M. KERGOAT, *Libéralisme et protection de l'environnement*, Coll. « Environnement », Paris, L'Harmattan, 1999, p. 186.

²³²⁶ S. DONALDSON et W. KYMLICKA, *Zoopolis : une théorie politique des droits des animaux*, coll. « Essai : Société », Paris, Alma, 2016, p. 9.

²³²⁷ *Ibid.*, p. 12.

²³²⁸ Ils distinguent trois approches possibles de l'éthique animale : l'approche « welfariste », qui « tout en reconnaissant l'importance du bien-être animal d'un point de vue moral, le subordonne aux intérêts des êtres humains » ; l'approche « écologique » qui « s'intéresse avant tout à la santé des écosystèmes, dont les animaux sont un élément essentiel, et non au sort de chaque animal considéré individuellement », et l'approche des « droits de base », selon laquelle « les animaux comme les êtres humains possèdent des *droits inviolables*, et il devrait être strictement interdit de commettre certains actes à leur égard, même pour satisfaire des intérêts humains ou pour préserver la vitalité d'un écosystème » (*Ibid.*, pp. 12-14).

²³²⁹ *Ibid.*, p. 35.

“spécisme” »²³³⁰. L’idée d’extension des droits « inviolables » aux animaux a également été défendu notamment par la philosophe italienne P. Cavalieri²³³¹ qui défend l’idée d’« égalité au-delà de l’humanité »²³³². Pour ces auteurs, l’extension des droits aux animaux est une « extension logique de la doctrine des droits de l’Homme »²³³³. Par ailleurs, les auteurs abordent la difficulté de l’ouverture du cadre du Juste aux animaux, car l’éthique animale est « universelle ». Ils mettent donc en relation l’affirmation selon laquelle l’éthique animale est universelle et le pluralisme culturel, car l’universalité de l’éthique animale pose un certain nombre de limites aux droits culturels, comme l’interdiction de la corrida en Espagne, ou la question de l’abattage rituel. L’inclusion des animaux à l’universel pose alors la question de l’« eurocentrisme » ou de l’« impérialisme moral » de cette inclusion²³³⁴.

689. Progressivement, la neutralité est amenée à s’étendre, comme elle s’étendra peut-être demain aux animaux. Cette inclusion des animaux dans le cadre du Juste n’est pas actée à ce jour : peu de pays reconnaissent une vision éco-centrique incluant les animaux. La Colombie, modèle en matière d’éco-centrisme, n’a finalement pas reconnu les animaux comme sujets de droit, bien qu’elle ait souligné le caractère néfaste de la qualification de « chose » donnée aux animaux²³³⁵. Dans une affaire particulièrement mouvementée de 2019, celle d’« *Oso Chucho* », la Cour constitutionnelle colombienne n’a finalement pas retenu la qualification d’« êtres non humains, titulaires de droit » aux animaux – en l’espèce, il s’agissait d’un ours²³³⁶. Néanmoins, cette décision donne un aperçu d’une « déconstruction idéologique de la culture occidentale »²³³⁷ menant à une nouvelle manière d’appréhender la relation entre les Hommes et les animaux. En matière de protection des animaux, la Constitution suisse est l’une des plus avancées²³³⁸ : son article 120 dispose que la Confédération helvétique « respecte l’intégrité des organismes vivants et la sécurité de l’être humain, de l’animal et de l’environnement et protège la diversité génétique des espèces animales et végétales ». Le préambule de la Déclaration

²³³⁰ *Ibid.*, p. 42.

²³³¹ P. CAVALIERI, *The animal question: why nonhuman animals deserve human rights*, Oxford [England] ; New York, Oxford University Press, 2001.

²³³² *Le projet grands singes : l’égalité au-delà de l’humanité*, Nantes, One voice, 2003.

²³³³ S. DONALDSON et W. KYMLICKA, *Zoopolis*, *op. cit.*, p. 70.

²³³⁴ *Ibid.*

²³³⁵ F. LAFFAILLE, « Constitutionnalisme écocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », *art. cit.*, p. 209.

²³³⁶ V. BERNAUD et F. CALDERON-VALENCIA, « Un exemple de constitutionnalisme vert », *art. cit.*, p. 337.

²³³⁷ F. LAFFAILLE, « Constitutionnalisme écocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », *art. cit.*, p. 209.

²³³⁸ Plusieurs autres constitutions reconnaissent la protection des animaux : l’Allemagne, le Brésil, la Colombie, l’Inde ou encore le Luxembourg.

universelle des droits de l'animal propose, quant à lui, explicitement une vision du monde holiste et éco-centrée justifiant la reconnaissance de droits aux animaux :

« Considérant que la Vie est une, tous les êtres vivants ayant une origine commune et s'étant différenciés au cours de l'évolution des espèces,

Considérant que tout être vivant possède des droits naturels et que tout animal doté d'un système nerveux possède des droits particuliers,

Considérant que le mépris, voire la simple méconnaissance de ces droits naturels provoquent de graves atteintes à la Nature et conduisent l'Homme à commettre des crimes envers les animaux,

Considérant que la coexistence des espèces dans le monde implique la reconnaissance par l'espèce humaine du droit à l'existence des autres espèces animales,

Considérant que le respect des animaux par l'homme est inséparable du respect des hommes entre eux, [...] »

Si les animaux ne sont pas, à ce jour, inclus dans le cadre du Juste, il ressort du caractère évolutif de la neutralité qu'il est impossible de tracer des frontières définitives à son cadre. La neutralité étant un idéal, ses frontières ont vocation à être sans cesse repoussées et élargies.

690. Envisager l'ouverture de la neutralité aux êtres vivants non humains met en évidence le fait que l'évolution de la neutralité va dépendre de la future manière d'envisager le passé²³³⁹ – comme le montre J. Bentham lorsqu'il évoque le droit des animaux. Cela pose la question de la vision qu'auront les États futurs des actes présents, car la neutralité des conséquences devra nécessairement inclure demain les victimes d'aujourd'hui.

691. Conclusion de section. Parce qu'il inclut des modes de vie non fondés sur l'individualisme libéral, le constitutionnalisme transformateur témoigne d'une volonté d'élargissement du cadre du Juste au-delà du socle traditionnel de la neutralité. Si le cadre du Juste est refondé, l'inclusion dont il fait preuve s'adresse aux croyances et pratiques « raisonnables », ne remettant pas en cause les droits et libertés fondamentaux. En effet, s'il remet en cause la séparation entre la sphère publique et la sphère privée, la propriété privée entendue dans un sens libéral ou encore la distinction entre nature et culture, le constitutionnalisme transformateur s'inscrit toutefois dans la volonté de maintenir les

²³³⁹ Voir *supra*, § 646.

principaux acquis du libéralisme, et de rendre effective certaines libertés fondamentales autrefois déniées aux peuples autochtones. La neutralité de l'État s'élargit alors de manière conséquente, cet élargissement demeurant toutefois dans la limite des conceptions raisonnables du bien. Si le constitutionnalisme transformateur représente une mutation majeure du constitutionnalisme plus respectueux de la nature et de la pluralité des modes de vie, les constitutions éco-centriques et transformatrices n'ont malheureusement pas « sauv[é] le monde » comme le pensaient certains²³⁴⁰, la réalité économique et les forces officieuses limitant fortement l'impact de cette « révolution ». La reconnaissance de droits à la nature n'a pas empêché le déboisement sans précédent de l'Amazonie et la destruction ou le vol des territoires aborigènes, ni même les meurtres de nombreux Aborigènes. La reconnaissance des autochtones dans les constitutions se heurte à la réalité des violences toujours subies par ces groupes²³⁴¹.

²³⁴⁰ Voir par exemple : D.R. BOYD, *The rights of nature: a legal revolution that could save the world*, Toronto, ON, ECW Press, 2017.

²³⁴¹ Voir par exemple : A. SANTAMARIA, « Les peuples autochtones colombiens entre reconnaissance juridique et violence locale », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 241-252.

CONCLUSION DU CHAPITRE

692. Les mutations contemporaines du principe de neutralité de l'État témoignent de son caractère mouvant. Toutefois, la volonté d'approfondissement de la neutralité ne repose pas sur le relativisme culturel, ce qui implique qu'elle rencontre des limites témoignant de l'idéologie sur laquelle repose le concept de neutralité. Si la neutralité ne peut être totale, la logique des évolutions est celle d'un accroissement de sa sphère d'application. Dans cette perspective, dans certains pays, le cadre de la neutralité a été élargi, voire totalement refondé, en vue d'inclure les identités niées par l'idéologie coloniale de la Modernité. La volonté de dépasser l'ethnocentrisme, et parfois même l'anthropocentrisme, des temps modernes ne correspond donc pas à la fin de l'idéal de neutralité pourtant fondé sur le paradigme libéral des Modernes. Au contraire, sous l'impulsion de l'État, le principe de neutralité s'est adapté à l'évolution de la société dans un sens plus inclusif, afin de corriger ses failles. Cette évolution du principe de neutralité témoigne de son caractère prescriptif : la neutralité de l'État n'est jamais atteinte, et dès lors, il revient à l'État de tendre vers cet idéal.

CONCLUSION DU TITRE

693. Dans la pratique des États contemporains, l'exigence de neutralité qui sous-tend un certain nombre de normes et de pratiques a profondément évolué. L'apparition de la neutralité des conséquences, qui implique une intervention de l'État, est particulièrement éloignée de sa théorisation chez les libéraux « neutralistes ». L'objet de la neutralité a également muté vers une neutralité vis-à-vis des identités, dans une perspective d'accroissement de l'élément d'égalité qui lui est inhérent. Ces différentes mutations traduisent l'idée qu'il y a, à l'époque contemporaine, une recherche constante d'approfondissement de l'exigence de neutralité de l'État. Si cet approfondissement rencontre des limites dans la pérennité du cadre du Juste, il démontre que les différentes critiques opposées à la neutralité de l'État traduisent une recherche constante et évolutive de neutralité. Les critiques de la neutralité étant celle de la Modernité, le paradigme libéral est également, dans une certaine mesure, remis en cause, ce qui induit une adaptation de l'exigence de neutralité au-delà de ses fondations originelles.

CONCLUSION DE LA PARTIE

694. Le concept de neutralité de l'État a fait l'objet d'un renouveau à la suite des considérations contemporaines relatives à l'égalité. Celles-ci ont mis en évidence l'idée que la neutralité de l'État, dans sa mise en œuvre moderne, était imparfaite, en tant qu'elle correspond à la conception majoritaire du bien. Ce constat a fait l'objet de nombreux travaux dans les sciences sociales, qui ont opéré une relecture de la neutralité via le prisme des minorités. La mise en évidence des failles de la neutralité a alors eu pour conséquence une profonde mutation de ce principe dans la pratique des États contemporains, qui a conduit l'expansion de ce dernier. Cette expansion est d'abord celle de sa mise en œuvre : la remise en cause de l'élément de non-intervention de la neutralité a conduit à une mise en œuvre active de celle-ci à travers la recherche d'une neutralité des conséquences. Cette expansion est ensuite celle de son objet, car il est apparu que les différentes mesures mises en place pour étendre la neutralité correspondent à une volonté de prise en compte des *identités*. Toutefois, l'expansion de la neutralité ne peut être illimité sans contrevenir à son idéologie : elle ne peut mener au relativisme culturel. Si l'idéal de neutralité rencontre toujours des limites dans les droits fondamentaux, cela ne fait toutefois pas obstacle à la remise en cause de certains acquis de la modernité, témoignant du fait que la neutralité survit au dépassement du paradigme libéral, et qu'elle est avant tout, un concept prescriptif.

CONCLUSION GENERALE

695. Le concept de neutralité de l'État est né avec la Modernité. Il est concomitant à l'apparition de l'État moderne, et prend sa source dans les théories de la tolérance civile et leur raison d'être : celle de la coexistence pacifique d'individus adhérant à des conceptions divergentes de la vie bonne. Pour assurer la liberté et l'égalité des individus, l'État doit s'abstenir d'agir par la contrainte dans le domaine du Bien – c'est ici que réside la condition de sa légitimité. Tel était le paradigme libéral de la Modernité. Théorisé à la fin du XX^e siècle, le concept de neutralité de l'État a donc majoritairement été défini comme une obligation négative relative à l'appréhension par l'État des conceptions du bien. Dans son acception libérale et son acception républicaine, il repose sur la distinction entre le Juste et le Bien, et le retrait de l'État des questions relatives à la sphère privée, et fut, dans un premier temps, envisagé au sens d'*indifférence* aux différences.

696. Les considérations contemporaines relatives aux différences et à l'identité ont largement contribué à un renouveau du concept de neutralité, délaissé par la philosophie politique depuis le débat ayant eu lieu à la suite de la parution de la *Théorie de la justice* de J. Rawls. Le champ d'étude relatif à la neutralité s'est alors considérablement élargi et concentré autour de la notion d'identité. Ce renouveau a eu pour conséquence une remise en cause de l'élément originel définissant la neutralité : le retrait de l'État. Cette dimension passive est délaissée au profit de la dimension d'égalité. L'élément d'égalité est alors devenu déterminant dans la définition et dans la mise en œuvre de la neutralité, et a pour conséquence une évolution dans la manière d'appréhender le Juste et le Bien. L'État est désormais légitime à intervenir dans la sphère du Bien, dès lors que son intervention a pour but de répondre à un objectif d'égalisation des opportunités dans la recherche de la vie bonne. En reconnaissant les différences, l'État ne prend pas parti pour une conception du bien, et respecte ainsi l'exigence de neutralité. Si, par l'élargissement des considérations relatives à la neutralité dans le débat actuel, celle-ci a évolué dans sa définition et son appréhension par les États, une réelle continuité existe entre les prémices de la neutralité au XVII^e siècle et son appréhension contemporaine. Cette continuité est due à la raison d'être de la neutralité, à savoir la coexistence pacifique des individus.

697. Depuis sa théorisation explicite dans la *Théorie de la justice* de J. Rawls, le concept de neutralité de l'État a fait l'objet de nombreuses critiques. Si les critiques « historiques » portaient en particulier sur les difficultés du concept, notamment la distinction entre le Juste et le Bien, elles incluaient également la critique du caractère naïf et absurde de la neutralité. Or, depuis la formation de l'État moderne, l'exigence de neutralité est inhérente à la légitimité du pouvoir. L'individu est au cœur de l'État de droit, et c'est sa protection – en particulier la protection de la liberté de choix – qui justifie l'exigence de neutralité. Aussi, si les critiques historiques s'attachent aux difficultés conceptuelles et à la désirabilité de la neutralité, il apparaît, particulièrement à notre époque, que l'exigence de neutralité est inévitable. L'ensemble des débats sociétaux et des revendications contemporaines, du droit à l'euthanasie à la demande de changement de genre, correspond à une exigence de neutralité adressée à l'État, et à la volonté d'un plus grand respect du choix des individus. Mourir dans la dignité, changer de genre, parler sa propre langue, ou encore porter le burkini reflètent une demande de respect du choix des individus, l'État n'apparaissant pas ou plus légitime à se prononcer sur ces questions. Depuis l'émergence de l'État moderne, la neutralité oriente toute son action politique. Elle est alors, malgré ses difficultés, inévitable.

698. Les mutations observées dans la pratique des États libéraux relatives au principe de neutralité de l'État témoignent d'une adaptation de celui-ci aux critiques de l'idéologie libérale. La prise en compte croissante des différences et de la pluralité d'identités s'inscrit dans une prise de distance et une volonté de réparer la Modernité libérale, qui s'est construite par le colonialisme et la domination. L'État libéral contemporain, s'il vise à réparer les torts de la modernité, poursuit néanmoins toujours un idéal de neutralité. Les concepts, comme le disait R. Koselleck, sont « toujours chargés de plus d'un sens à la fois »²³⁴², et il paraît donc évident que le concept de neutralité, particulièrement large, non seulement renvoie à plusieurs conceptions, mais évolue également dans le temps. Le concept de neutralité, précisément de par son caractère évolutif, doit être appréhendé comme un idéal, comme un projet. Il ne peut cesser d'évoluer, car il est dans sa nature même – plus précisément dans sa propre imperfection – d'être en perpétuelle réinvention ou en perpétuelle mutation. Pour C.-M. Herrera, les concepts sont « traversés par l'histoire », ce qui explique qu'ils « subissent [...] de profondes altérations » dont les marques se retrouvent « à l'intérieur même du concept »²³⁴³. Cette évolution du principe de neutralité témoigne de son caractère prescriptif : la neutralité

²³⁴² R. KOSELLECK, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, coll. « Recherches d'histoire et de sciences sociales », Paris, Éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 1990, p. 108.

²³⁴³ C.-M. HERRERA, « Variations, évolutions, métamorphoses », art. cit., p. 360.

représente un idéal vers lequel tendent les sociétés contemporaines, amenées à corriger ou à élargir le cadre du Juste. Les politiques visant à étendre la neutralité correspondent alors, pour reprendre les mots de J. W. Scott, à « la négociation de l'impossible, la tentation de parvenir à des solutions qui – dans les sociétés démocratiques – se rapprochent des principes de justice et d'égalité, mais qui ne les atteignent jamais, ce qui laisse la porte ouverte à de nouvelles formulations, de nouvelles configurations sociales, de nouvelles négociations »²³⁴⁴. À cet égard, les mutations de la neutralité à l'époque contemporaine, par l'apparition de la mise en œuvre active et l'extension de son objet à l'ensemble des identités, témoignent du fait que la neutralité est un horizon vers lequel tend l'action de l'État, en dépit de ses imperfections et incohérences. La neutralité est alors continuellement recherchée et approfondie, car « [u]ne société guidée par un idéal de justice sociale cherchera constamment à réévaluer ses normes et ses institutions et politiques publiques afin de faire en sorte qu'elles contribuent le mieux possible à la mise en place d'un système de coopération sociale équitable »²³⁴⁵. Dans sa conférence sur le multiculturalisme libéral, J. Raz explique ne pas croire à une philosophie politique qui soit en mesure de fournir « des théories éternellement valables pour le gouvernement de toutes les sociétés humaines », et qu'une philosophie politique est donc nécessairement « limitée dans le temps »²³⁴⁶. Par conséquent, selon J. Raz, « il existe des limites de principe à notre capacité à concevoir la manière dont la société va évoluer »²³⁴⁷. La redéfinition du principe de neutralité à l'époque contemporaine n'est pas immuable : guidée par un objectif de paix, de justice, d'égalité et de liberté, la neutralité a vocation à continuer de muter afin de s'adapter aux exigences du temps présent. Ses limites ont ainsi vocation à être perpétuellement repoussées. Cela pose la question de la pérennité de la raison d'être de la neutralité – celle de la coexistence d'individus *au sein d'une même société*.

²³⁴⁴ J.W. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du Genre*, 2002, vol. 33, n° 2, pp. 17-41.

²³⁴⁵ J. MACLURE et C. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, *op. cit.*, p. 81.

²³⁴⁶ J. RAZ, « Multiculturalism: A Liberal Perspective », *art. cit.*, p. 169 (traduction libre).

²³⁴⁷ *Ibid.*, p. 170 (traduction libre).

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

- ACKERMAN, B., *Social justice in the liberal state*, New Haven, Yale University Press, 2009.
- AMAR, M., *Le piège de la parité : arguments pour un débat*, coll. « Pluriel », n° 982, Paris, Hachette littératures, 1999.
- ASHCROFT, B., GRIFFITHS, G. et TIFFIN, H., *The empire writes back: theory and practice in post-colonial literatures*, New accents, London ; New York, Routledge, 1989.
- AUDARD, C., *Qu'est-ce que le libéralisme ? éthique, politique, société*, coll. « Folio essais », n° 524, Paris, Gallimard, 2009.
- AUDARD, C., BOUDON, R. et DUPUY, J.-P., *Individu et justice sociale : autour de John Rawls*, coll. « Points Politique », Paris, Seuil, 1988.
- AUDIER, S., *Les théories de la république*, coll. « Repères », n° 399, Paris, La Découverte, 2015.
- AULARD, A., *Le Culte de la raison et le culte de l'Être suprême : 1793-1794 : essai historique*, coll. « Bibliothèque d'histoire contemporaine », Paris, F. Alcan, 1892.
- BANCEL, N. (dir.), *Ruptures postcoloniales : les nouveaux visages de la société française*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2010.
- BANCEL, N., BLANCHARD, P. et VERGES, F., *La république coloniale : essai sur une utopie*, coll. « La bibliothèque des idées », Paris, Albin Michel, 2003.
- BARANGER, D., *Le droit constitutionnel*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2017.
- BARNI, J., *La morale dans la démocratie*, Paris; Londres; New-York, G. Baillière, 1868.
- BARNI, J., *Ce que doit être la République*, Amiens, Publication de l'Union républicaine de la Somme, 1872.
- BARRY, B., *Justice as impartiality*, Oxford political theory, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- BARRY, B., *Culture and equality : an egalitarian critique of multiculturalism*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2002.
- BAUBEROT, J., *Histoire de la laïcité française*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

BAUBEROT, J., *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 2004.

BAUBEROT, J., *La laïcité falsifiée*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2012.

BAUBEROT, J., *Les laïcités dans le monde*, coll. « Que sais-je ? », n° 3794, Paris, Presses Universitaires de France, 2014.

BAUBEROT, J., *Les sept laïcités françaises : le modèle français de la laïcité n'existe pas*, coll. « Interventions », Paris, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2015.

BAUBEROT, J., *Histoire de la laïcité en France*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2021.

BAUBEROT, J. et KNEUBÜHLER, M., *De la tolérance aux droits de l'homme : La laïcité entre la tolérance et la liberté*, coll. « Inventaire », Grigny, Paroles d'Aube, 1998.

BAUBEROT, J. et MILOT, M., *Laïcités sans frontières*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 2011.

BAYLE, P., *De la tolérance : commentaire philosophique*, coll. « Vie des huguenots », n° 39, Paris, Champion, 2006.

BAYLE, P., *Pensées diverses sur la comète*, GF Flammarion, n° 1339, Paris, GF Flammarion, 2007.

BEAUD, O., *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

BELL, D., *Race, racism and american law*, Boston ; Toronto, Little Brown, 1973.

BENTOUHAMI, H., *Race, cultures, identités : une approche féministe et postcoloniale*, Philosophies, n° 229, Paris, Presses Universitaires de France, 2015.

BENTOUHAMI, H. et MÖSCHEL, M., *Critical Race Theory : une introduction aux grands textes fondateurs*, coll. « À droit ouvert », Paris, Dalloz, 2017.

BERENI, L., *La bataille de la parité : mobilisations pour la féminisation du pouvoir*, coll. « Études politiques », Paris, Economica, 2015.

BERLIN, I., *Éloge de la liberté*, coll. « Liberté de l'esprit », n° 72, Paris, Calmann-Lévy, 1988.

BERSTEIN, S. et RUDELLE, O. (éds.), *Le modèle républicain*, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

BERTEN, A., DA SILVEIRA, P. et POURTOIS, H., *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

BESSONE, M. (éd.), *Méthodes en philosophie politique*, coll. « Philosophica », Rennes, PUR, Presses Universitaires de Rennes, 2018.

BHABHA, H.K., *The location of culture*, London ; New York, Routledge, 1994.

BIRNBAUM, P., *La France imaginée : déclin des rêves unitaires ?*, coll. « L'espace du politique », Paris, Fayard, 1998.

BLAIS, M.-C., *Au principe de la République : le cas Renouvier*, coll. « Bibliothèque des idées », Paris, Gallimard, 2000.

BLANCHARD, P. (éd.), *Culture coloniale en France de la Révolution française à nos jours*, coll. « CNRS histoire », Paris, CNRS Éd., 2008.

BLANCHARD, P. et BANCEL, N., *Culture post-coloniale : 1961 - 2006 ; traces et mémoires coloniales en France*, coll. « Mémoires Histoire », n° 126, Paris, Autrement, 2011.

BLANCHARD, P., BANCEL, N. et DOMINIC, T. (éds.), *Vers la guerre des identités ? De la fracture coloniale à la révolution ultranationale*, Paris, La Découverte, 2016.

BLANCHARD, P., BANCEL, N. et LEMAIRE, S. (éds.), *La fracture coloniale : la société française au prisme de l'héritage colonial*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2005.

BLANCHARD, P., LEMAIRE, S. et BANCEL, N. (éds.), *Culture impériale : les colonies au coeur de la République, 1931-1961*, coll. « Mémoires », n° 102, Paris, Autrement, 2004.

BODIN, J., *Les six livres de la République*, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », Paris, Fayard, 1986.

BORRILLO, D. et LOCHAK, D. (éds.), *La liberté sexuelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

BOUCHARD, G., *L'interculturalisme : un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2012.

BOUCHARD, G. et TAYLOR, C., *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008.

BOUCHARD, G. et TAYLOR, C., *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation. Rapport abrégé*, Québec, Gouvernement Québec, 2008.

BOURGEOIS-GIRONDE, S., *Être la rivière : comment le fleuve Whanganui est devenu une personne vivante selon la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2020.

BOXER, M.J., *When women ask the questions: creating women's studies in America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1998.

BOYD, D.R., *The rights of nature: a legal revolution that could save the world*, Toronto, ON, ECW Press, 2017.

BOYER, A., *1905, la séparation Eglises-Etat: de la guerre au dialogue*, Paris, Cana, 2004.

BOYLE, J., *Critical legal studies*, The international library of essays in law and legal theory, n° 4, Aldershot Hong Kong Singapore [etc.], Dartmouth, 1992.

BUI-XUAN, O., *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, coll. « Essais », Paris, Économica, 2004.

BURNS, J.H., *Histoire de la pensée politique moderne*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

BUTLER, J., *Trouble dans le genre : le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte, 2005.

BUTLER, J., *Défaire le genre*, Paris, Amsterdam, 2016.

BUTLER, J. et SPIVAK, G.C., *L'État global*, Paris, Payot, 2007.

CALVES, G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis : le problème de la discrimination « positive »*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, LGDJ, 1998.

CALVES, G., *La discrimination positive*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2016.

CALVES, G., *La laïcité*, coll. « Repères », n° 785, Paris, La Découverte, 2022.

CANTO-SPERBER, M. et OGIER, R., *La philosophie morale*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

CARMICHAEL, S. et HAMILTON, C.V., *Black Power: the politics of liberation in America*, New-York, Vintage Books, 1967.

CAVALIERI, P., *The animal question: why nonhuman animals deserve human rights*, Oxford [England] ; New York, Oxford University Press, 2001.

CAVALIERI, P., *Le projet grands singes : l'égalité au-delà de l'humanité*, Nantes, One voice, 2003.

CHAKRABARTY, D., RUCHET, O. et VIEILLESCHAZES, N., *Provincialiser l'Europe : la pensée postcoloniale et la différence historique*, Paris, Amsterdam, 2009.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2014.

CHATURVEDI, V. (éd.), *Mapping subaltern studies and the postcolonial*, The mapping series, London ; New York, Verso, 2012.

CHAUVIER, S. (dir.), *Libéralisme et républicanisme*, coll. « Cahiers de philosophie de l'Université de Caen », n° 34, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2000.

CHEVALLIER, J., *L'État de droit*, coll. « Clefs. Politique », Paris, Montchrestien, 2010.

CHRISTIN, O., *La paix de religion : l'autonomisation de la raison politique au XVI^e siècle*, coll. « Liber », Paris, Seuil, 1997.

COLAS, D., *Le glaive et le fléau : généalogie du fanatisme et de la société civile*, Paris, Grasset, 1992.

CONKLIN, A.L., *A mission to civilize: the republican idea of empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 2001.

CONSTANT, B., *De la liberté chez les modernes : écrits politiques*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 1989.

CONSTANT, B., *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Paris, Berg international, 2014.

COSTANTINI, D., *Mission civilisatrice : le rôle de l'histoire coloniale dans la construction de l'identité politique française*, coll. « Textes à l'appui / Études coloniales », Paris, La Découverte, 2008.

COTE, P. et GUNN, T.J. (éds.), *La nouvelle question religieuse : régulation ou ingérence de l'État?*, coll. « Dieux, Hommes et Religions », n° 9, New York, PIE-P. Lang, 2006.

CRENSHAW, K. (éd.), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed The Movement*, New York, New Press, 1995.

CUCHE, D., *La notion de culture dans les sciences sociales*, coll. « Grands repères », Paris, La Découverte, 2016.

DE BRIEY, L., *Le sens du politique : essai sur l'humanisme démocratique*, Bruxelles, Mardaga, 2009.

DEBBASCH, R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République : essai d'histoire politique*, coll. « Droit public positif », Paris ; Aix-en-Provence, Economica ; Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

DEBRAY, R., *Ce que nous voile le voile : la République et le sacré*, Paris, Gallimard, 2004.

DEROCHE, F., *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : Un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008.

DERSHOWITZ, A.M., *Rights from wrongs: a secular theory of the origins of rights*, New York, Basic Books, 2004.

DESCOLA, P., *Par-delà nature et culture*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 2005.

DE SOUSA SANTOS, B., *Refundación del estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

DONALDSON, S. et KYMLICKA, W., *Zoopolis : une théorie politique des droits des animaux*, coll. « Essai : Société », Paris, Alma, 2016.

DORLIN, E., *Black feminism : anthologie du féminisme africain-américain, 1975-2000*, coll. « Bibliothèque du féminisme », Paris, L'Harmattan, 2008.

DORLIN, E., *Sexe, genre et sexualités : introduction à la théorie féministe*, Philosophies, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

DORLIN, E. et SCOTT, J.W., *La matrice de la race : généalogie sexuelle et coloniale de la nation française*, coll. « La Découverte-poche », Paris, La Découverte, 2009.

DUMONT, L., *Homo aequalis. 1: Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1976.

DUMONT, L., *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, coll. « Esprit », Paris, Seuil, 1991.

DUMOUCHEL, P. et MELKEVIK, B., *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1998.

DUSSART, M.-L., *Constitution et économie*, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », n° 144, Paris, Dalloz, 2015.

DUVERT, C., *Sectes et droit*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

DWORKIN, R., *L'empire du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

DWORKIN, R., *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

ESCUDIER, A. et PELABAY, J., *Le perfectionnisme libéral : anthologie de textes fondamentaux*, coll. « L'Avocat du diable », Paris, Herrmann, 2016.

ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel*, 1896.

EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES. (éd.), *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive : étude comparative dans l'Union européenne, au Canada, aux États Unis et en Afrique du Sud.*, LU, Publications Office, 2009.

EVANS, S.M., *Personal politics: the roots of women's liberation in the civil rights movement and the new left*, 1st éd., New-York, Knopf, 1979.

FABRE-MAGNAN, M., *L'institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.

FERGUSON, A. et GAUTIER, C., *Essai sur l'histoire de la société civile*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

FERRY, J. et RUDELLE, O., *La république des citoyens*, coll. « Acteurs de l'histoire », Paris, Impr. nationale, 1996.

FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Sagittari Laterza, n° 167, Roma, Laterza, 2009.

FISTETTI, F., *Théories du multiculturalisme : un parcours entre philosophie et sciences sociales*, coll. « Textes à l'appui », Paris, La Découverte, 2011.

FOBLETS, M.-C. et RENTELN, A.D. (éds.), *Multicultural jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Oñati international series in law and society, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.

FORTIER, V. (éd.), *Le juge, gardien des valeurs*, coll. « CNRS droit », Paris, CNRS éditions, 2007.

FRASER, N., *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte-poche, Paris, La Découverte, 2011.

GALSTON, W.A., *Liberal purposes: goods, virtues, and diversity in the liberal state*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 1991.

GANDHI, L., *Postcolonial theory: a critical introduction*, New York, Columbia University Press, 2018.

GAUCHET, M., *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1985.

GAUCHET, M., *La religion dans la démocratie : parcours de la laïcité*, coll. « Folio Essais », n° 394, Paris, Gallimard, 2001.

GAUCHET, M., *La démocratie contre elle-même*, coll. « Tel », Paris, Gallimard, 2002.

GAUTIER, C., *L'invention de la société civile: lectures anglo-écossaises, Mandeville, Smith, Ferguson*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

GUERARD DE LATOUR, S., *Vers la république des différences*, coll. « Philosophica », Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2009.

HAARSCHER, G., *La laïcité*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2017.

HABERMAS, J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, coll. « NRF Essais », Paris, Gallimard, 1997.

HALBWACHS, M., *La mémoire collective*, coll. « Bibliothèque de L'évolution de l'humanité », n° 28, Paris, Albin Michel, 1997.

HALBWACHS, M., *Les cadres sociaux de la mémoire*, coll. « Bibliothèque de l'évolution de l'humanité », n° 8, Paris, Albin Michel, 2004.

HALL, S., *Identités et cultures. 2, Politiques des différences*, Paris, Amsterdam, 2013.

HAYEK, F.A., *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

HAYEK, F.A. von, *La constitution de la liberté*, coll. « Liberalia : économie et liberté », Paris, Litec, 1994.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., *Le droit de la bioéthique*, coll. « Repères », Paris, La Découverte, 2009.

HENNETTE-VAUCHEZ, S. et VALENTIN, V., *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, coll. « Exégèses », n° 1, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2014.

HERRERA, C.-M., *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015.

HOBBS, T., *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 1999.

HUGUENIN, F., *Résister au libéralisme : les penseurs de la communauté*, coll. « Politique », Paris, CNRS, 2009.

HUMBOLDT, W., *Essai sur les limites de l'action de l'État*, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », Paris, Les Belles Lettres, 2004.

HURKA, T., *Perfectionism*, New York ; Oxford, Oxford University Press, 1993.

IHL, O., *La fête républicaine*, coll. « Bibliothèque des histoires », Paris, Gallimard, 1996.

JAUME, L., *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, coll. « La pensée juridique », Paris - Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999.

KELSEN, H., *La démocratie : sa nature, sa valeur*, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2004.

KERGOAT, M., *Libéralisme et protection de l'environnement*, Coll. « Environnement », Paris, L'Harmattan, 1999.

KINTZLER, C., *Tolérance et laïcité*, coll. « VO », Saint-Sébastien-sur-Loire, Pleins feux, 1998.

KOSELLECK, R., *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, coll. « Recherches d'histoire et de sciences sociales », Paris, Éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 1990.

KOUSSENS, D., *L'épreuve de la neutralité : la laïcité française entre droits et discours*, coll. « Droit et religion », Bruxelles, Bruylant, 2015.

KOUSSENS, D. et ROY, O. (éds.), *Quand la burqa passe à l'Ouest : enjeux éthiques, politiques et juridiques*, coll. « Sciences des religions », Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

KUKATHAS, C., *The liberal archipelago: a theory of diversity and freedom*, Oxford political theory, Oxford, Oxford University Press, 2003.

KYMLICKA, W., *Liberalism, community, and culture*, Oxford ; New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1989.

KYMLICKA, W., *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, coll. « Textes à l'appui / Politique et sociétés », Paris, La Découverte, 2001.

KYMLICKA, W., *Les théories de la justice : une introduction : libéraux, utilitaristes, libertariens, marxistes, communautariens, féministes...*, coll. « La Découverte-poche », Paris, La Découverte, 2003.

LACORNE, D., *L'invention de la république : le modèle américain*, coll. « Pluriel », n° 8569, Paris, Hachette, 1991.

LACROIX, J., *Communautarisme versus libéralisme : Quel modèle d'intégration politique ?*, coll. « Philosophie et société », Bruxelles, Université de Bruxelles Eds, 2003.

LALOUETTE, J., *La république anticléricale : XIXe-XXe siècles*, coll. « L'univers historique », Paris, Seuil, 2002.

LALOUETTE, J., *La séparation des Églises et de l'État : genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, coll. « L'univers historique », Paris, Seuil, 2005.

LARMORE, C., *Patterns of moral complexity*, Cambridge, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Cambridge University Press, 1987.

LARMORE, C., *Modernité et morale*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

LAURENT, A., *La philosophie libérale : histoire et actualité d'une tradition intellectuelle*, Paris, Belles lettres, 2002.

LAURENT, A. et VALENTIN, V., *Les penseurs libéraux*, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », n° 21, Paris, Les Belles Lettres, 2012.

LAURENT, E. et MAVIDAL, J. (éds.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome VIII - Du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789*, Paris, Librairie administrative P. Dupont, 1875.

LAURENT, E. et MAVIDAL, J., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome X - Du 12 novembre au 24 décembre 1789*, Paris, Librairie administrative P. Dupont, 1875.

LAVAL, C., *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, coll. « Tel », n° 419, Paris, Gallimard, 2017.

LECLER, J., *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*, I, coll. « Théologie : études », n° 31, Paris, Montaigne, 1955.

LEFEUVRE-DEOTTE, M., *L'excision en procès : un différend culturel ?*, coll. « Logiques sociales », Paris, L'Harmattan, 1997.

LEFRANC, S., *Politiques du pardon*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

LEPINARD, E., *L'égalité introuvable : la parité, les féministes et la République*, coll. « Académique », Paris, Presses de Sciences Po, 2007.

LEVI-STRAUSS, C., *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1990.

LOCHAK, D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

LOCKE, J., *Two tracts on government*, London, Cambridge University Press, 1967.

LOCKE, J., *Le second traité du gouvernement : essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, coll. « Épiméthée : essais philosophiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

LOCKE, J., *Lettre sur la tolérance*, coll. « GF Flammarion », Paris, Flammarion, 2007.

LOOMBA, A., *Colonialism-postcolonialism, The new critical idiom*, London ; New York, Routledge, 1998.

MACINTYRE, A., *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

MACINTYRE, A., *Après la vertu : étude de théorie morale*, coll. « Quadrige. Grands textes », Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

MACKINNON, C.A., *Le féminisme irréductible : discours sur la vie et la loi*, coll. « Grands classiques du féminisme américain », Paris, Des Femmes-Antoinette Fouque, 2020.

MACLURE, J. et TAYLOR, C., *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010.

MAINGUENEAU, D., *Les livres d'école de la République, 1870 - 1914 : discours et idéologie*, Paris, Le Sycomore, 1979.

MANCERON, G., *Marianne et les colonies : une introduction à l'histoire coloniale de la France*, coll. « La Découverte-poche », Paris, La Découverte ; Ligue des droits de l'homme, 2003.

MANCINI, S. et ROSENFELD, M. (éds.), *The conscience wars: rethinking the balance between religion, identity, and equality*, Cambridge, United Kingdom ; New York, NY, USA, Cambridge University Press, 2018.

MANENT, P., *Les libéraux*, coll. « Tel », n° 315, Paris, Gallimard, 2001.

MANENT, P., *Histoire intellectuelle du libéralisme : dix leçons*, coll. « Pluriel », n° 865, Paris, Hachette Littératures, 2008.

MATHIEU, B., *Constitution : rien ne bouge et tout change*, coll. « Forum », Paris, Lextenso, 2013.

MAY, P., *Philosophies du multiculturalisme*, coll. « Références », Paris, Presses de Sciences Po, 2016.

MAYEUR, F. (éd.), *Histoire générale de l'enseignement et de l'éducation en France. Tome III. De la révolution à l'école républicaine (1789 - 1930)*, coll. « Tempus », n° 70, Paris, Perrin, 2008.

MAYEUR, J.M., *La question laïque : XIXe-XXe siècle*, coll. « L'espace du politique », Paris, Fayard, 1997.

MAYEUR, J.M., *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, L'Atelier, 2005.

MBEMBE, A., *De la postcolonie : essai sur l'imagination politique dans l'Afrique contemporaine*, coll. « Les Afriques », Paris, Karthala, 2000.

MENDUS, S., *Toleration and the limits of liberalism*, Issues in political theory, London, Macmillan, 1989.

MERRILL, R. et WEINSTOCK, D., *Political neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014.

MESURE, S. et RENAUT, A., *Alter ego : les paradoxes de l'identité démocratique*, coll. « Alto », Paris, Aubier, 1999.

MICHAUT, F. et BALKIN, J.M. (éds.), *Le mouvement des Critical legal studies : de la modernité à la postmodernité en théorie du droit*, coll. « Dikè », Québec, Presses de l'Université Laval, 2014.

MICHEA, J.-C., *La double pensée : retour sur la question libérale*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2008.

MILL, J.S., *De la liberté*, coll. « Folio Essais », n° 142, Paris, Gallimard, 1990.

MÖSCHEL, M., *Law, lawyers and race: critical race theory from the United States to Europe*, London New York, Routledge, 2016.

MUDIMBE, V.Y., *L'invention de l'Afrique : gnose, philosophie et ordre de la connaissance*, coll. « Histoire, politique, société », Paris, Présence Africaine Éditions, 2021.

MULHALL, S. et SWIFT, A. (éds.), *Liberals and communitarians*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Cambridge : Blackwell publishers, 1992.

MUNOZ DARDE, V., *La justice sociale : le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris, Nathan, 2000.

NANDY, A., *The intimate enemy: loss and recovery of self under colonialism*, Delhi, Oxford, 1983.

NICOLET, C., *L'idée républicaine en France (1789-1924) : essai d'histoire critique*, coll. « Bibliothèque des histoires », Paris, Gallimard, 1982.

NOIRIEL, G., *Le creuset français : histoire de l'immigration, XIXe-XXe siècle*, coll. « Points Histoire », n° 161, Paris, Points, 2016.

NOZICK, R., *Anarchie, État et utopie*, coll. « Libre échange », Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

NUSSBAUM, M., *Sex & social justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

OGIEN, R., *La panique morale*, Paris, Grasset, 2004.

OGIEN, R., *La morale a-t-elle un avenir ?*, coll. « Lundis philosophie », Nantes, Pleins feux, 2006.

OGIEN, R., *La liberté d'offenser : le sexe, l'art et la morale*, coll. « L'attrape-corps », Paris, La Musardine, 2007.

Ogien, R., *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, coll. « Folio Essais », n° 485, Paris, Gallimard, 2007.

Ogien, R., *La vie, la mort, l'État : le débat bioéthique*, coll. « Mondes vécus », Paris, Grasset, 2009.

Okin, S.M., *Justice, genre et famille*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2008.

Okin, S.M. et al., *Is Multiculturalism Bad For Women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

Orizet, H., *Le service public de l'Éducation nationale sous la Troisième République*, Bibliothèque de droit public, n° 319, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2021.

Parekh, B.C., *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

Pelluchon, C., *L'autonomie brisée*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

Pena-Ruiz, H., *Qu'est-ce que la laïcité ?*, coll. « Folio actuel », n° 104, Paris, Gallimard, 2003.

Pena-Ruiz, H., *Histoire de la laïcité : genèse d'un idéal*, coll. « Découvertes Histoire », n° 470, Paris, Gallimard, 2005.

Perreau-Saussine, E., *Alasdair Macintyre : une biographie intellectuelle. Introduction aux critiques contemporaines du libéralisme*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

Petruciani, S., *Marx critique du libéralisme*, coll. « Philosophie et société », n° 10, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2018.

Pettit, P., *Républicanisme : une théorie de la liberté et du gouvernement*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 2004.

PeYROUX-SISSOKO, M.-O., *L'ordre public immatériel en droit public français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », n° 149, Paris, LGDJ, Lextenso, 2018.

Pirotte, G., *La notion de société civile*, coll. « Repères », n° 482, Paris, La Découverte, 2018.

Pocock, J.G.A., *Le moment machiavélien*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

Policar, A., *Le libéralisme politique et son avenir*, coll. « CNRS philosophie », Paris, CNRS éd., 2012.

Popper, K.R., *La société ouverte et ses ennemis*, 2, coll. « Points Essais », n° 853, Paris, Points, 2018.

Popper, K.R., *La société ouverte et ses ennemis*, 1, coll. « Points Essais », n° 852, Paris, Points, 2018.

- PRELOT, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1984.
- RAWLS, J., *Libéralisme politique*, coll. « Quadrige. Grands textes », Paris, Presses Universitaires de France, 2006.
- RAWLS, J., *Théorie de la justice*, coll. « Points Essais », Paris, Seuil, 2009.
- RAYNAUD, P., *La laïcité : histoire d'une singularité française*, coll. « L'esprit de la cité », Paris, Gallimard, 2019.
- RAZ, J., *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon press, 1988.
- RAZ, J., *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, Clarendon paperbacks, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- RENAULT, E., *L'expérience de l'injustice : reconnaissance et clinique de l'injustice*, coll. « Armillaire », Paris, La Découverte, 2004.
- RENAUT, A., *L'ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989.
- RENAUT, A., *Qu'est-ce qu'un peuple libre ?*, Paris, Grasset, 2005.
- RENAUT, A., *Un humanisme de la diversité : essai sur la décolonisation des identités*, coll. « Bibliothèque des savoirs », Paris, Flammarion, 2009.
- RENAUT, A., *Quelle éthique pour nos démocraties ?*, Paris, Buchet-Chastel, 2011.
- RENOUVIER, C., *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, Paris, Pagnerre, 1848.
- RENOUVIER, C., *Science de la morale*, Paris, Ladrangé, 1869.
- RENOUVIER, C., *Petit traité de morale : à l'usage des écoles primaires laïques*, coll. « Bibliothèque philosophique de l'éducation », Paris, INRP, 2003.
- RENTELN, A.D., *The cultural defense*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2005.
- RICHARDS, J.R., *The sceptical feminist: a philosophical enquiry*, Harmondsworth, Penguin Books, 1984.
- RIST, G., *Le développement : histoire d'une croyance occidentale*, coll. « Références », Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2012.
- RIVERO, J. et MOUTOUH, H., *Libertés publiques*, 7e éd., coll. « Thémis », Paris, Presses Universitaires de France, 2003.
- ROLLAND, L., *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1943.
- ROMAN, D., *La cause des droits : écologie, progrès social et droits humains*, Paris, Dalloz, 2022.
- ROSANVALLON, P., *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, coll. « Folio Histoire », n° 100, Paris, Gallimard, 2008.

ROSENFELD, M., *Just interpretations: law between ethics and politics*, Philosophy, social theory, and the rule of law, n° 4, Berkeley, University of California Press, 1998.

ROSENFELD, M., *Law, Justice, Democracy, and the Clash of Cultures: A Pluralist Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

ROSS, W.D., *The right and the good*, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Oxford University Press, 2003.

ROUGIER, L., *Le génie de l'Occident : essai sur la formation d'une mentalité*, Paris, Robert Laffont, 1969.

ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Paris, F. Alcan, 1896.

SAADA, E., *Les enfants de la colonie : les métis de l'empire français entre sujétion et citoyenneté*, coll. « L'espace de l'histoire », Paris, Découverte, 2007.

SABBAGH, D., *L'égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, coll. « Études politiques », Paris, Économica, 2003.

SAID, E.W. et al., *L'orientalisme : l'Orient créé par l'Occident*, coll. « Points », n° 710, Paris, Éd. Points, 2013.

SAINT-VICTOR, J. de et BRANTHOME, T., *Histoire de la République en France : des origines à la Ve République*, coll. « Corpus. Histoire du droit », Paris, Economica, 2018.

SANDEL, M., *Le libéralisme et les limites de la justice*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 1999.

SAVIDAN, P., *Le multiculturalisme*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

SEYMOUR, M., *De la tolérance à la reconnaissance : une théorie libérale des droits collectifs*, Montréal, Boréal, 2008.

SHER, G., *Beyond neutrality: perfectionism and politics*, Cambridge, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Cambridge University Press, 1997.

SIEYES, E.-J., *Observations sur le rapport du Comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*, Versailles, Baudouin, 1789.

SIEYES, E.-J., *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, coll. « Les classiques de la pensée politique », n° 6, Genève, Droz, 1970.

SIEYES, E.-J., *Essai sur les privilèges et autres textes*, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2007.

SKINNER, Q., *Les fondements de la pensée politique moderne*, coll. « L'évolution de l'humanité », n° 38, Paris, Albin Michel, 2001.

SKINNER, Q., *La liberté avant le libéralisme*, coll. « Liber », Paris, Seuil, 2016.

SOSOE, L.K. (dir.), *Diversité humaine : démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », [Sainte-Foy, Québec] ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002.

SPINNER-HALEV, J., *The boundaries of citizenship: race, ethnicity, and nationality in the liberal state*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1994.

SPINOZA, B., *Traité théologico-politique. Oeuvres II*, coll. « GF Flammarion », n° 50, Paris, Garnier-Flammarion, 1965.

SPITZ, J.-F., *La liberté politique : essai de généalogie conceptuelle*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

SPITZ, J.-F., *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

SPITZ, J.-F., *Le moment républicain en France*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 2005.

SPITZ, J.-F., *Philip Pettit : le républicanisme*, coll. « Le bien commun », Paris, Michalon, 2010.

SPITZ, J.-F., *Le mythe de l'impartialité : les mutations du concept de liberté individuelle dans la culture politique américaine (1870-1940)*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2014.

SPITZ, J.-F., *La République ? Quelles valeurs ? Essai sur un nouvel intégrisme politique*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 2022.

SPIVAK, G.C., *A critique of postcolonial reason: toward a history of the vanishing present*, Calcutta, Seagull Books, 1999.

SPIVAK, G.C., *Les subalternes peuvent-elles parler ?*, Paris, Amsterdam, 2009.

STRAUSS, L., *Droit naturel et histoire*, coll. « Champs », n° 158, Paris, Flammarion, 1986.

STRAUSS, L., *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2016.

TAYLOR, C., *La liberté des modernes*, coll. « Philosophie Morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

TAYLOR, C., *Multiculturalisme : différence et démocratie*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2009.

TAYLOR, C., *L'âge séculier*, Paris, Seuil, 2011.

TAYLOR, C., *Le malaise de la modernité*, Lexio, Paris, Cerf, 2015.

TOMASI, J., *Liberalism beyond justice: citizens, society, and the boundaries of political theory*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

TOURAINE, A., *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992.

TULLY, J., *Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity*, The John Robert Seeley lectures, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1995.

TUTU, D.M. et SALAZAR, P.-J., *Amnistier l'apartheid : travaux de la Commission Vérité et Réconciliation*, coll. « L'Ordre philosophie », Paris, Seuil, 2004.

UNGER, R.M., *The critical legal studies movement*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1986.

URBAN, Y., *L'indigène dans le droit colonial français, 1865-1955*, coll. « Fondation Varenne », n° 36, Paris, Fondation Varenne, 2010.

VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1949.

VILLEPIN, D. de et al. (éds.), *1905, la séparation des églises et de l'État : les textes fondateurs*, coll. « Tempus », n° 85, Paris, Perrin, 2008.

WALZER, M., *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, coll. « La couleur des idées », Paris, Seuil, 1997.

WALZER, M., *Traité sur la tolérance*, coll. « NRF Essais », Paris, Gallimard, 1998.

WEBER, M., *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, coll. « Agora », n° 6, Paris, Plon, 1964.

WEIL, P., *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, coll. « Folio Histoire », n° 134, Paris, Gallimard, 2005.

WEILL, G., *Histoire de l'idée laïque en France au XIXe siècle*, coll. « Pluriel histoire », Paris, Hachette Littératures, 2004.

WIEVIORKA, M. (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, coll. « Essais », n° 33, Paris, La Découverte, 1997.

WIEVIORKA, M., *Le racisme, une introduction*, Paris, La Découverte, 2013.

WUHL, S., *Discrimination positive et justice sociale*, coll. « Sociologie d'aujourd'hui », Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

YOUNG, I.M., *Inclusion and democracy*, Oxford political theory, Oxford, Oxford University Press, 2010.

YOUNG, I.M., *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

YOUNG, R., *Postcolonialism: an historical introduction*, Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA, Wiley Blackwell, 2016.

ZARKA, Y.C. (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

ZARKA, Y.C., *Difficile tolérance*, coll. « Intervention philosophique », Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

ZARKA, Y.C. (dir.), *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, coll. « Intervention philosophique », Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

ZELLENTIN, A., *Liberal neutrality: treating citizens as free and equal*, Berlin, De Gruyter, 2012.

ZOLLER, É., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, coll. « Grands arrêts », Paris, Dalloz, 2010.

Discours et opinions de Jules Ferry, tome deuxième, Paris, Armand Colin, 1894

II. Articles de revue

ABEL, O., « Tolérance et laïcité », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 19-26.

ACKERMAN, B.A., « What is Neutral about Neutrality? », *Ethics*, janvier 1983, vol. 93, n° 2, pp. 372-390.

ALBERT, R., « America's amoral constitution », *American University Law Review*, 2021, vol. 70, pp. 773-827.

ALI, Z. et DAYAN-HERZBRUN, S., « Présentation », *Tumultes*, 2017, vol. 48, n° 1, pp. 5-13.

ALTWEGG-BOUSSAC, M., « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La Revue des droits de l'homme*, janvier 2020, n° 17.

ARNESON, R.J., « Neutrality and Utility », *Canadian Journal of Law and Society*, juin 1990, vol. 20, n° 2, pp. 215-240.

ASHCROFT, R.T., « Multiculturalism in contemporary Britain: policy, law and theory », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2018, vol. 21, n° 1, pp. 1-21.

AUBERT, I., « La Critical Race Theory confrontée à Marx », *Droit et société*, 2021, n° 2, pp. 303-318.

AUDARD, C., « Multiculturalisme et transformations de la citoyenneté », *Archives de Philosophie du Droit*, 2001, vol. 45, pp. 227-243.

AUDARD, C., « L'idée de citoyenneté multiculturelle et la politique de la reconnaissance », *Rue Descartes*, 2002, n° 3, pp. 19-30.

AUDIER, S., « Machiavel, héritier du républicanisme classique ? », *Cahiers de philosophie de l'université de Caen*, 2000, n° 34, p. 9.

AUDUBERT, V., « La notion de Vivir Bien en Bolivie et en Équateur, réelle alternative au paradigme de la modernité ? », *Cahiers des Amériques latines*, novembre 2017, n° 85, pp. 91-108.

AVRIL, P., « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, 2018, n° 20, disponible sur <http://juspolicum.com/article/Penser-le-droit-politique-1264.html>.

BACOT, G., « La citoyenneté dans la Constitution de 1793 », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2014, vol. 1, n° 37, pp. 161-170.

BANCEL, N., « Que faire des postcolonial studies ? Vertus et déraisons de l'accueil critique des postcolonial studies en France », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2012, vol. 115, n° 3, p. 129.

BARANGER, D., « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 2009, n° 3, disponible sur <http://juspolicum.com/article/Le-piege-du-droit-constitutionnel-146.html>.

BARANGER, D., « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2012, vol. 7, disponible sur <http://juspolicum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>.

BARBIER, M., « Pour une définition de la laïcité française », *Le Débat*, 2005, vol. 134, n° 2, p. 129.

BARNES, R.D., « Race Consciousness: The Thematic Content of Racial Distinctiveness in Critical Race Scholarship », *Harvard Law Review*, 1990, vol. 103, n° 8, pp. 1864-1871.

BARRY, B., « How Not to Defend Liberal Institutions », *British Journal of Political Science*, janvier 1990, vol. 20, n° 1, pp. 1-14.

BAUBEROT, J., « La laïcité française : républicaine, indivisible, démocratique et sociale », *Cites*, 2012, n° 4, pp. 11-20.

BAUME, S., « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, p. 17.

BAUMERT, R., « En relisant Pierre Avril, « Penser le droit politique » (2018) », *Jus Politicum*, 2020, n° 24, disponible sur <http://juspolicum.com/article/En-relisant-Pierre-Avril-Penser-le-droit-politique-2018-1329.html>.

BAYNES, K., « The liberal/communitarian controversy and communicative ethics », *Philosophy & Social Criticism*, juillet 1988, vol. 14, n° 3-4, pp. 293-313.

BEAL, C., « Grotius et le ius circa sacra », *Dix-septième siècle*, 2008, n° 4, pp. 709-724.

BEAUD, O., « L'Affirmative Action aux États-Unis : Une discrimination à rebours », *Revue internationale de droit comparé*, 1984, vol. 36, n° 3, pp. 503-521.

BEAUD, O., « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, 2009, n° 3, disponible sur <http://juspolicum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>.

BELL, D., « Who's Afraid of Critical Race Theory ? », *University of Illinois Law Review*, 1995, pp. 893-906.

BELLIER, I., « Les droits des peuples autochtones : Entre reconnaissance internationale, visibilité nouvelle et violations ordinaires », *L'Homme & la société*, 2018, vol. 206, n° 1, p. 137.

BELLIER, I. et GONZALEZ-GONZALEZ, V., « Peuples autochtones. La fabrique onusienne d'une identité symbolique », *Mots. Les langages du politique*, octobre 2015, n° 108, pp. 131-150.

BELLIVIER, F., « Bioéthique, bioéquité, libertés et État : à propos de l'éthique minimaliste de R. Ogien », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Bioethique-bioequite-libertes-et-Etat-a-propos-de-l-ethique-minimaliste-de-R-Ogien-291.html>.

BERGOUNIOUX, A., « La laïcité, valeur de la République », *Pouvoirs*, novembre 1995, n° 75, pp. 17-26.

BERNARDI, B., « Sur la genèse du concept de religion civile et sa place dans le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau », *Éthique, politique, religions*, 2016, n° 8, pp. 107-137.

BERNAUD, V. et CALDERON-VALENCIA, F., « Un exemple de constitutionnalisme vert : la Colombie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, n° 2, pp. 321-343.

BESSONE, M., « Analyser la suppression du mot « race » de la Constitution française avec la Critical Race Theory : un exercice de traduction ? », *Droit et société*, octobre 2021, n° 2, pp. 367-382.

BILGE, S., « Behind the “Culture” Lens. Judicial Representations of Violence Against Minority Woman », *Canadian Woman Studies*, 2006, vol. 25, pp. 173-180.

BILLIER, J.-C., « Libéralisme téléologique et neutralité axiologique : le politique peut-il se passer d'une conception du bien ? », *Raisons publiques*, avril 2007, n° 6, pp. 11-27.

BLANC, D., « Au Panthéon des principes, la laïcité reconnaissante », *Petites affiches*, mars 2017, n° 65.

BLANCHARD, P. et BANCEL, N., « La fondation du républicanisme colonial. Retour sur une généalogie politique », *Mouvements*, 2005, vol. 38, n° 2, p. 26.

BOSSET, P., « Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit ? », *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, avril 2007, vol. 9, n° 1.

BOUCHARD, G., « Qu'est-ce que l'interculturalisme ? », *McGill Law Journal*, 2011 2010, vol. 56, n° 2, pp. 395-434.

BOURGUIGNON, C. et COLIN, P., « De l'universel au pluriversel. Enjeux et défis du paradigme décolonial », *Raison présente*, 2016, n° 3, pp. 99-108.

BRIBOSIA, E., RINGELHEIM, J. et RORIVE, I., « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, n° 78, pp. 319-373.

BRIS, C.L., « La contribution du droit à la construction d'un « vivre ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, avril 2016, vol. 92, n° 1, pp. 75-98.

BRITES OSORIO DE OLIVEIRA, A., « Les droits de la nature dans le nouveau constitutionnalisme latino-américain à partir du regard de l'anthropologie juridique », *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, septembre 2018, n° 3.

BRUNET, P., « Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles : un commun qui s'ignore ? », *Storia costituzionale*, II semestre 2019, n° 38, pp. 39-53.

BUISSON, F., « L'école et la nation en France », *L'année pédagogique*, 1913, pp. 1-20.

BUI-XUAN, O., « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, 2011, p. 551.

BUI-XUAN, O., « Le droit au défi des identités de genre », *RDLF*, 2022, n° 19, disponible sur http://www.revuedlf.com/personnes-famille/le-droit-au-defi-des-identites-de-genre/#_ftnref19.

CALVES, G., « Le juge constitutionnel entre droit et politique : Une brève présentation de la querelle des « principes neutres » », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Le-juge-constitutionnel-entre-droit-et-politique-Une-breve-presentacion-de-la-querelle-des-principes-neutres-301.html>.

CALVES, G., « Service public et fait religieux : la question des accommodements raisonnables », *RDFL*, 2022, n° 29, disponible sur http://www.revuedlf.com/droit-administratif/service-public-et-fait-religieux-la-question-des-accommodements-raisonnables/#_ftnref5.

CALVES, G., « Le mot “race” dans la législation antiraciste française », *Pouvoirs*, 2022, vol. 181, n° 2, pp. 73-84.

CARROLL, I.J., « Neutrality and the social contract », *Les ateliers de l'éthique*, 2009, vol. 4, n° 3, pp. 134-150.

CAYE, P. et TERRE, D., « Le neutre à l'épreuve de la puissance publique. Les conditions métaphysiques de la laïcité », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 27-41.

CEDIEY, É., « Comment l'affirmative action vint à l'Afrique du Sud », *Critique internationale*, 2002, vol. 17, n° 4, pp. 145-158.

CERDA-GUZMAN, C., « La laïcité mexicaine », *Pouvoirs*, 2019, n° 4, p. 97.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Laïcité et liberté religieuse en France : aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public », *Revista Derecho del Estado*, 2012, n° 29, pp. 51-72.

CHARRUAU, J., « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA*, 2015, pp. 127-136.

CHASSANG, C., « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation à demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Dalloz*, 2014, n° 30, pp. 1701-1707.

CHEROT, J.Y., « Constitution et économie », in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, *La suprématie de la Constitution*, Traité Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, pp. 529-561.

CHEVALLIER, J., « Le mirage de la société civile », *Actuel Marx*, 1989, n° 1, p. 46.

CHRESTIA, P., « La burqa est incompatible avec la nationalité française », *AJDA*, 2008, p. 2013.

CITOT, V., « Le processus historique de la Modernité et la possibilité de la liberté (universalisme et individualisme) », *Le Philosophoire*, 2005, vol. 2, n° 25, pp. 35-76.

CLARKE, S., « Debate: State Paternalism, Neutrality and Perfectionism* », *Journal of Political Philosophy*, mars 2006, vol. 14, n° 1, pp. 111-121.

CLASSEN, C.D., « L'ordre public et le droit de la liberté de religion en Allemagne », *Revue du droit des religions*, juillet 2020, n° 9, pp. 73-89.

COLEMAN, D.L., « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberal's Dilemma », *Columbia Law Review*, 1996, vol. 96, pp. 1093-1167.

COLÓN-RÍOS, J., « Comment : The rights of nature and the new latin american constitutionalism », *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 2017, vol. 7, n° 29.

CONSTANTINESCO, L.-J., « La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différente et la théorie des éléments déterminants », *Revue internationale de droit comparé*, 1973, vol. 25, n° 1, pp. 5-16.

CRENSHAW, K.W., « Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, n° 7, pp. 1331-1387.

CRENSHAW, K.W., « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », *Cahiers du Genre*, 2005, vol. 39, n° 2, pp. 51-82.

DA SILVEIRA, P., « Quel avenir pour le principe de neutralité ? », *Lekton*, 1993, vol. 3, n° 2, pp. 65-103.

DA SILVEIRA, P., « Deux conceptions de la neutralité de l'État », *Philosophiques*, 1996, vol. 23, n° 2, pp. 227-251.

DE BRIEY, L., « De la neutralité libérale au perfectionnisme républicain : À propos de Political Neutrality. A Re-Evaluation, de R. Merrill et D. Weinstock », *Philosophiques*, 2015, vol. 42, n° 2, pp. 415-427.

DE BRIEY, L. et PITSEYS, J., « L'homoparentalité et la fonction du droit », *Revue philosophique de Louvain*, 2007, vol. 105, n° 1/2, pp. 77-106.

DE GLINIASTY, J., « Laïcité dans les piscines municipales : entre principe juridique et argument politique (CE Ord., 21 juin 2022, Commune de Grenoble) », *RDLF*, 2022, n° 33, disponible sur <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/laicite-dans-les-piscines-municipales-entre-principe-juridique-et-argument-politique-ce-ord-21-juin-2022-commune-de-grenoble/>.

DE MARNEFFE, P., « Liberalism, liberty, and neutrality », *Philosophy and Public Affairs*, 1990, vol. 19, n° 3, pp. 253-274.

DE MARNEFFE, P., « Liberalism and perfectionism », *American Journal of Jurisprudence*, janvier 1998, vol. 43, pp. 99-116.

DE MARNEFFE, P., « The Slipperiness of Neutrality », *Social Theory and Practice*, janvier 2006, vol. 32, n° 1, pp. 17-34.

- DEROSIER, J.-P., « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, vol. 76, n° 4, p. 785 à 795.
- DESBARATS, I., « Entre laïcité et neutralité : quelles frontières en droit du travail ? », *Revue du droit des religions*, octobre 2017, n° 4, pp. 51-67.
- DESPREZ, F., « Brèves remarques sur l'interdiction de dissimulation du visage au sein de l'espace public », *Gazette du Palais*, 2010, n° 244-245, pp. 7-10.
- DESWARTE, M.-P., « L'intérêt général, bien commun », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1998, n° 5, p. 1204.
- DHUME, F., « Du racisme institutionnel à la discrimination systémique ? Reformuler l'approche critique », *Migrations Société*, 2016, vol. 163, n° 1, pp. 33-46.
- DIEU, F., « La pratique religieuse peut-elle être un obstacle à l'acquisition de la nationalité française ? », *Annuaire Droit et religions*, 2010 2009, vol. 4, p. 345.
- DIEU, F., « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *La semaine juridique Adm. Et coll.*, 2010, n° 48, p. 2355.
- DILHAC, M.-A., « Neutralité religieuse et partialité économique. Sur une contradiction apparente du libéralisme politique », *Éthique, politique, religions*, 2017, vol. 2, n° 11, pp. 35-51.
- DIMOCK, S., « Liberal Neutrality », *Journal of Value Inquiry*, septembre 2000, vol. 2-3, n° 34, p. 189.
- DORLIN, E., « De l'usage épistémologique et politique des catégories de « sexe » et de « race » dans les études sur le genre », *Cahiers du Genre*, novembre 2005, n° 2, pp. 83-105.
- DUCOULOMBIER, P., « Tenue correcte exigée. Observations sous l'arrêt CEDH, gr. ch, 1er juillet 2014, S.A.S. c. France », *RTD Eur.*, 2015, p. 95.
- DUHAMEL, J., « Usages et mésusages de la vertu dans le républicanisme contemporain : Philip Pettit et la tentation perfectionniste », *Revue française de science politique*, 2015, vol. 65, n° 1, p. 5.
- DUNEZAT, X. et GOURDEAU, C., « Le racisme institutionnel : un concept polyphonique », *Migrations Société*, 2016, vol. 163, n° 1, pp. 13-32.
- DWORKIN, G., « Paternalism », *The Monist*, 1972, vol. 56, n° 1, pp. 64-84.
- DWORKIN, R., « Liberal Community », *California Law Review*, mai 1989, vol. 77, n° 3, pp. 479-504.
- ELY, J.H., « The wages of crying wold: A comment on Roe v. Wade », *Yale Law Journal*, 1973, vol. 82, n° 1973, pp. 920-949.
- EMMENEGGER, S. et TSCHENTSCHER, A., « Taking Nature's Rights Seriously: The Long Way to Biocentrism in Environmental Law », *Georgetown International Environmental Law Review*, 1994, vol. 6, n° 3, pp. 545-592.

- FELDMAN, J.-P., « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 387.
- FOYER, J., « La genèse de la loi de séparation », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 75-83.
- FRASER, N., « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du MAUSS*, 2004, vol. 23, n° 1, pp. 152-164.
- GAGNON, B., « Du communautarisme à la neutralité libérale : un tournant radical dans la pensée politique de Charles Taylor », *Politique et Sociétés*, 2012, vol. 31, n° 1, pp. 127-147.
- GAILLET, A., « Port du voile par les enseignantes des écoles publiques : retour à Karlsruhe. Etude sur la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 27 janvier 2015 », *AJDA*, 2015, p. 1401.
- GALSTON, W.A., « Public Morality and Religion in the Liberal State », *Political Science & Politics*, 1986, vol. 19, n° 4, pp. 807-824.
- GALSTON, W.A., « Pluralism and Social Unity », *Ethics*, 1989, vol. 99, n° 4, pp. 711-726.
- GALSTON, W.A., « Expressive Liberty, Moral Pluralism, Political Pluralism: Three Sources of Liberal Theory », *William & Mary Law Review*, 1999, vol. 40, n° 3.
- GALSTON, W.A., « Taking Liberty », *Washington Monthly*, avril 2005, vol. 37, n° 4, pp. 36-42.
- GAUCHET, M., « Les tâches de la philosophie politique », *Revue du MAUSS*, 2002, vol. 19, n° 1, p. 275.
- GAUCHET, M., « Laïcité : le retour et la controverse », *Le Débat*, 2020, n° 3, p. 137.
- GAUDEMET, Y., « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *Revue du droit public*, mars 2015, n° 2, p. 329.
- GAUDREAULT-DES BIENS, J.-F., « La *Critical Race Theory* ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », *Droit et société*, 2001, n° 2, p. 581.
- GAUTHIER, F., « Republicanisme vs Libéralisme. Les régimes de laïcité et leur mise à l'épreuve », *Revue du MAUSS*, 2017, vol. 49, n° 1, p. 269.
- GRÜNDLET, T., « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Délibérée*, 2017, vol. 2, n° 2, pp. 60-64.
- GUERARD DE LATOUR, S., « Justice et multiculturalisme libéral : Ambiguïté et écueil du modèle de la tolérance religieuse », *Éthique, politique, religions*, 2017, n° 11, pp. 35-51.
- GUTMANN, A., « Communitarian Critics of Liberalism », *Philosophy and Public Affairs*, 1985, vol. 14, n° 3, pp. 308-322.
- GUTMANN, A. et THOMPSON, D., « Moral Conflict and Political Consensus », *Ethics*, 1990, vol. 101, n° 1, pp. 64-88.
- HAARSCHER, G., « La laïcité, la morale laïque et leurs paradoxes », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 123-140.

HAARSCHER, G., « La neutralité de l'espace public, une notion confuse », *La revue nouvelle*, septembre 2010, disponible sur http://www.revuenouvelle.be/IMG/pdf/033-042_dossier_haarscherlok.pdf.

HAILBRONNER, M., « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *The American Journal of Comparative Law*, 2017, vol. 65, n° 3, pp. 527-565.

HANEY LÓPEZ, I., « A Nation of Minorities : Race, Ethnicity, and Reactionary Colorblindness », *Stanford Law Review*, 2006, vol. 59, n° 4, pp. 985-1063.

HENNETTE VAUCHEZ, S., « Les nouvelles frontières de la laïcité : la conquête de l'Ouest ? », *Revue du droit des religions*, octobre 2017, n° 4, pp. 19-32.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « La burqa, la femme et l'État », *Raison-publique*, mai 2010, disponible sur <https://www.raison-publique.fr/article317.html>.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme. La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de "splendide isolement" », *Dalloz*, 2011, p. 1360.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, novembre 2016, n° 4, pp. 9-19.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées », *La Revue des droits de l'homme*, 2018.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., ROMAN, D. et SLAMA, S., « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme*, juillet 2022, disponible sur <http://journals.openedition.org/revdh/14979>.

HENRARD, K., « Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality », *Erasmus law review*, 2012, vol. 5, n° 1, pp. 59-78.

HERRERA, C.-M., « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la société*, 1994, vol. 113, n° 3, pp. 89-103.

HOCHMANN, T., « Le mariage entre personnes de même sexe – l'exemple de l'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2016, vol. 31, n° 2015, pp. 91-98.

HUNTER-HENIN, M., « Living Together in an Age of Religious Diversity: Lessons from Baby Loup and SAS », *Oxford Journal of Law and Religion*, 2015, n° 4, pp. 94-118.

HURTADO LOPEZ, F., « Pensée critique latino-américaine : de la philosophie de la libération au tournant décolonial », *Cahiers des Amériques latines*, décembre 2009, n° 62, pp. 23-35.

IPGRAVE, J., « Comment la situation multiethnique et religieuse est-elle traitée dans les écoles anglaises ? », *Administration Education*, 2016, n° 3, pp. 95-101.

JAUME, L., « La laïcité selon Jules Ferry », *Commentaire*, 2016, vol. 3, n° 155, pp. 591-597.

JAUNAIT, A., « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », *Droit et société*, 2020, n° 2, p. 429.

JEANNENEY, J., « La résurgence des fermetures punitives de lieux de culte », *RFDA*, 2021, p. 519.

JOUANJAN, O., « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2, disponible sur <http://juspolicum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html>.

KAHN, P., « La laïcité est-elle une valeur ? », *Spirale. Revue de recherches en éducation*, 2007, n° 38, pp. 29-37.

KELLY, E.I., « The Historical Injustice Problem for Political Liberalism », *Ethics*, 2017, vol. 128, n° 1, pp. 75-94.

KENNEDY, R.L., « Racial Critiques of Legal Academia », *Harvard Law Review*, juin 1989, vol. 102, n° 8, p. 1745.

KLARE, K.E., « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, 1998, vol. 14, n° 1, pp. 146-188.

KOUSSENS, D., « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, février 2010, vol. 41, n° 2, pp. 327-347.

KOUSSENS, D., « Ce que la laïcité a de nouveau, ou pas. Regards croisés France-Québec », *La Revue des droits de l'homme*, juin 2018, n° 14.

KUKATHAS, C., « Are there any cultural rights ? », *Political Theory*, février 1992, vol. 20, n° 1, pp. 105-139.

KYMLICKA, W., « Le libéralisme et la politisation de la culture », *Philosophiques*, 1992, vol. 19, n° 2, pp. 93-115.

KYMLICKA, W., « The Rights of Minority Cultures: Reply to Kukathas », *Political Theory*, février 1992, vol. 20, n° 1, pp. 140-146.

KYMLICKA, W., « The Boundaries of Citizenship: Race, Ethnicity, and Nationality in the Liberal State. By Jeff Spinner. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1994. 230p. \$39.95 cloth. », *American Political Science Review*, juin 1995, vol. 89, n° 2, pp. 491-492.

KYMLICKA, W., « Liberal Theories of Multiculturalism », *Post-filosofie*, gennaio-dicembre 2006, n° 2.

KYMLICKA, W., « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, janvier 2007, disponible sur <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/1781>.

LACORNE, D., « Aux origines du multiculturalisme américain. Le pluralisme ou la Kultur Klux Klan ? », *Le Débat*, 2015, vol. 186, n° 4, pp. 20-32.

LACROIX, J., « Communauté légale et communauté morale », *Éthique publique*, 2004, vol. 6, n° 1.

LAFFAILLE, F., « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *Revue juridique de l'environnement*, 2018, vol. 43, n° 3, pp. 549-563.

LAFFAILLE, F., « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, n° 2, p. 333.

LANDIVAR, D. et RAMILLIEN, É., « Savoirs autochtones, « nature-sujet » et gouvernance environnementale : une analyse des reconfigurations du droit et de la politique en Bolivie et en Équateur », *Autrepart*, 2017, vol. 81, n° 1, pp. 135-158.

LANZMANN, C., « Universalité des victimes, singularité des événements historiques », *Les Temps Modernes*, 2006, vol. 635-636, n° 1-2, pp. 1-3.

LARMORE, C., « The Moral Basis of Political Liberalism », *The Journal of Philosophy*, décembre 1999, vol. 96, n° 12, pp. 599-625.

LARMORE, C., « Républicanisme et libéralisme chez Philip Pettit », *Cahiers de philosophie de l'université de Caen*, 2000, n° 34, pp. 115-126.

LAURENS, H., « Comment affronter le passé ? La France et ses historiens face aux violences du premier XXe siècle », *Le Débat*, 2013, vol. 2, n° 174, pp. 171-186.

LE BAUT-FERRARESE, B., « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade : la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *AJDA*, 2003, n° 26, p. 1383.

LE MOING, A., « La crise des accommodements raisonnables au Québec : quel impact sur l'identité collective ? », *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain. Cahiers du MIMMOC*, avril 2016, n° 16.

LE QUINIO, A., « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, n° 2, p. 299.

LEPINARD, É., « Malaise dans le concept : Différence, identité et théorie féministe », *Cahiers du Genre*, novembre 2005, n° 2, pp. 107-135.

LEVADE, A., « Voile intégral : consensus sur une résolution parlementaire », *JCP G*, 2010, n° 21, pp. 1043-1044.

LEVADE, A., « Le “refus de la République”, prologue d'un débat national ? À propos du rapport de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national », *JCP G*, 2010, n° 6, pp. 264-267.

LEVADE, A., « Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *La semaine juridique Édition générale*, octobre 2010, n° 43.

LEVADE, A., « Ultime hypothèque levée : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public n'est pas contraire à la Convention EDH ! », *JCP G*, 2014, n° 39, pp. 1686-1688.

- LIBCHABER, R., « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2044 et suiv.
- LOEWENSTEIN, K., « Militant Democracy and Fundamental Rights, I », *The American Political Science Review*, 1937, vol. 31, n° 3, pp. 417-432.
- LOEWENSTEIN, K., « Militant Democracy and Fundamental Rights II », *The American Political Science Review*, 1937, vol. 31, n° 4, pp. 638-658.
- LOPEZ, F.H., « Universalisme ou pluriversalisme ? », *Tumultes*, juin 2017, vol. 48, n° 1, pp. 39-50.
- LORCERIE, F., « La République aime l'école », *Cosmopolitiques*, novembre 2007, n° 16, pp. 107-118.
- LORCERIE, F., « La « loi sur le voile » : une entreprise politique », *Droit et société*, 2008, n° 1, p. 53.
- LUCA, N., « Quelles politiques face aux sectes ? La singularité française », *Critique internationale*, 2002, vol. 17, n° 4, p. 105.
- MACLEOD, C.M., « Liberal Neutrality or Liberal Tolerance? », *Law and Philosophy*, septembre 1997, vol. 16, n° 5, pp. 529-559.
- MANOUGUIAN, A., « Lex facit veritatem ? Réflexions critiques sur les rapports entre droit et vérité au prisme des lois mémorielles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, septembre 2021, n° 5, p. 1287.
- MARGUENAUD, J.-P., « Le “vivre-ensemble” et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2014, n° 3, pp. 626-632.
- MARGUENAUD, J.-P. et USUNIER, L., « La promotion européenne du “vivre-ensemble” comme instrument de lutte contre la discrimination du visage dans l'espace public », *RTD Civ*, octobre 2017, n° 4, pp. 823-825.
- MARTIN, J., « Un apôtre de la tolérance au XVIIe siècle : Pierre Bayle », *École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses*, 1938, vol. 52, n° 48, pp. 103-108.
- MASON, A., « The critique of multiculturalism in Britain: integration, separation and shared identification », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2018, vol. 21, n° 1, pp. 22-45.
- MATHIEU, B., « L'abandon des lois mémorielles », *Dalloz*, 2008, p. 3064.
- MATHIEU, B., « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur “le voile intégral” - La reconnaissance implicite d'un ordre public “immatériel” », *La semaine juridique Édition générale*, 2010, n° 42, p. 5.
- MBEMBE, A. *et al.*, « Qu'est-ce que la pensée postcoloniale ? », *Esprit*, 2006, n° 12, pp. 117-133.

- MCCABE, D., « John Locke and the Argument Against Strict Separation », *The Review of Politics*, 1997, vol. 59, n° 2, pp. 233-258.
- MCCLURE, K.M., « Difference, Diversity, and the Limits of Toleration », *Political Theory*, 1990, vol. 18, n° 3, pp. 361-391.
- MERLE, I., « La construction d'un droit foncier colonial », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, novembre 1999, n° 7, pp. 97-126.
- MERLE, I., « Les Subaltern Studies: Retour sur les principes fondateurs d'un projet historiographique de l'Inde coloniale », *Genèses*, 2004, vol. 56, n° 3, p. 131.
- MERRILL, R., « Pluralisme et libéralisme : incompatibles ? », *Archives de Philosophie du Droit*, 2005, vol. 49, pp. 123-136.
- MERRILL, R., « Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste ? », *Raisons politiques*, janvier 2012, n° 44, pp. 15-40.
- MERRILL, R. et ROUSSELIÈRE, G., « Introduction », *Les ateliers de l'éthique*, 2009, vol. 4, n° 2, pp. 130-133.
- MEYER-BISCH, P., « La notion de démocratisation au regard des droits culturels », *Hermès, La Revue*, 1996, vol. 19, n° 1, pp. 241-264.
- MEYER-BISCH, P., « Les droits culturels », *L'Observatoire*, 2008, vol. 33, n° 1, pp. 9-13.
- MICHEL, J., « L'évolution des politiques mémorielles : l'État et les nouveaux acteurs », *Migrations Société*, 2011, vol. 6, n° 138, pp. 59-70.
- MITCHELL, G., « Libertarian Paternalism Is an Oxymoron », *Northwestern University Law Review*, 2005, vol. 99, n° 3, pp. 1245-1277.
- MODDE, A., « Le Bien Commun dans la philosophie de Saint-Thomas », *Revue Philosophique de Louvain*, 1949, vol. 47, n° 14, pp. 221-247.
- MONGOUACHON, C., « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, vol. 90, n° 2, p. 303.
- MORENA, F. de la, « Crèche Baby Loup : quand il n'est plus question de laïcité », *AJCT*, 2014, p. 337.
- MOULY, J., « Le principe de neutralité dans l'entreprise », *Dalloz*, 2016, p. 1991.
- NAGEL, T., « Rawls on Justice », *The Philosophical Review*, avril 1973, vol. 82, n° 2, pp. 220-234.
- NAGEL, T., « Conflit moral et légitimité politique », *Archives de Philosophie du Droit*, 1988, vol. 33, pp. 61-76.
- NOGUELLOU, R., « L'interdiction du port du voile intégral », *DA*, 2010, n° 6, p. 3.
- NOIRIEL, G., « De l'histoire-mémoire aux "lois mémorielles" : Note sur les usages publics de l'histoire en France », *Études arméniennes contemporaines*, 2012, n° 15, pp. 35-49.

OGNIER, P., « Ancienne ou nouvelle laïcité ? Après dix ans de débats », *Esprit*, septembre 1993, pp. 202-220.

OKIN, S.M., « Justice and Gender », *Philosophy & Public Affairs*, 1987, vol. 16, n° 1, pp. 42-72.

OKIN, S.M., « Reason and Feeling in Thinking about Justice », *Ethics*, 1989, vol. 99, n° 2, pp. 229-249.

OKIN, S.M., « Political Liberalism, Justice, and Gender », *Ethics*, 1994, vol. 105, n° 1, pp. 23-43.

OKIN, S.M., « Feminism and Multiculturalism: Some Tensions », *Ethics*, juillet 1998, vol. 104, n° 4, pp. 661-684.

OLSEN, F.E., « The Myth of State Interventions in the Family », *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1985, vol. 18, pp. 835-864.

PATTEN, A., « The republican critique of Liberalism », *British Journal of Political Science*, 1996, n° 26, pp. 25-44.

PELABAY, J., « Former le « bon citoyen » libéral », *Raisons politiques*, 2011, vol. 44, n° 4, p. 117.

PELLER, G., « Race Consciousness », *Duke Law Journal*, 1990, vol. 1990, n° 4, pp. 758-847.

PINON, S., « Laïcité, que d'erreurs on commet en ton nom ! », *Pouvoirs*, avril 2021, n° 2, pp. 143-151.

POIZAT, J.-C., « Identités et droits culturels : le libéralisme en question », *Le Philosophoire*, 2002, vol. 1, n° 16, pp. 33-53.

POIZAT, J.-C., « Réparer les dégâts historiques de la modernité ? Du culpabilisme au relativisme », *Le Philosophoire*, 2003, vol. 1, n° 19, pp. 63-70.

POLICAR, A., « Pluralisme et neutralité de l'État », *Revue du MAUSS*, 2011, vol. 2, n° 38, pp. 485-497.

POLICAR, A., « Le libéralisme politique face à la neutralité : La valeur de l'autonomie », *Terrains/Théories*, 2018, n° 9.

PORTIER, P., « Situation de la laïcité française », *Les Cahiers de la Justice*, 2018, n° 3, p. 399.

PORTIER, P., « Le tournant substantialiste de la laïcité française », *Horizontes Antropológicos*, septembre 2018, n° 52, pp. 21-40.

PORTIER, P., « L'Inflexion sécuritaire de la laïcité française », *Le virus de la recherche*, mars 2021, pp. 2-9.

POUCHEPADASS, J., « Les Subaltern Studies ou la critique postcoloniale de la modernité », *L'Homme*, janvier 2000, n° 156, pp. 161-186.

PRELOT, P.-H., « Les religions et l'égalité en droit français », *Les Cahiers de droit*, avril 2005, vol. 40, n° 4, pp. 849-886.

- PRELOT, P.-H., « Les signes religieux et la loi de 1905. Essai d'interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public à la lumière du droit français des activités religieuses », *Société, droit et religion*, 2012, n° 1, pp. 25-46.
- RABAULT, H., « Le droit des enseignantes à arborer le foulard (décision de la première chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 27 janvier 2015) », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre 2015, vol. 3, n° 103, pp. 735-744.
- RAWLS, J., « La priorité du Juste et les conceptions du Bien », *Archives de Philosophie du Droit*, 1988, vol. 33, pp. 39-59.
- RAWLS, J., « Unité sociale et biens premiers », *Raisons politiques*, 2009, vol. 1, n° 33, pp. 9-43.
- RAYNAUD, P., « Qu'est-ce que le libéralisme ? », *Commentaire*, 2007, vol. 2, n° 118, pp. 324-336.
- RAZ, J., « Facing up : A Reply », *Southern California Law Review*, mai 1989, vol. 62, n° 3 & 4, pp. 1153-1236.
- RAZ, J., « Multiculturalism », *Ratio Juris*, 1998, vol. 11, n° 3, pp. 193-205.
- RENTELN, A.D., « The Use and Abuse of the Cultural Defense », *Canadian Journal of Law and Society*, 2005, vol. 20, n° 1, pp. 47-67.
- RIGAUDIERE, A., « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, novembre 1993, n° 67, pp. 5-21.
- RINGELHEIM, J., « State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach », *Oxford Journal of Law and Religion*, février 2017, vol. 6, n° 1, pp. 24-47.
- RIVERO, J., « La laïcité », *Recueil Dalloz*, 1949, n° 33, pp. 137-140.
- RIVERO, J., « La notion juridique de laïcité », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 257-264.
- ROLLAND, P., « Le droit français et la visibilité du religieux dans l'espace public », *RFDA*, 2021, p. 511.
- ROMAN, D., « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », *RDSS*, 2011, p. 293.
- ROTA, M., « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2011-2012) », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, décembre 2014, n° 12, pp. 153-162.
- ROULAND, N., « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, 2000, vol. 46, n° 1, pp. 519-545.
- RÜEGGER, M., « Tolérance et neutralité : incompatibles ou complémentaires ? », *Les ateliers de l'éthique*, t 2009, vol. 4, n° 2, pp. 175-186.

RUET, C., « L'interdiction du voile intégral dans l'espace public devant la Cour européenne : la voie étroite d'un équilibre », *La Revue des droits de l'homme*, 2014, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/862>.

SAADA, J., « Récits et contre-récits dans le droit. Usages et critiques du narrativisme juridique dans la Critical Race Theory », *Droit et société*, 2021, n° 2, pp. 319-335.

SAADA-GENDRON, J., « La tolérance et les limites de la souveraineté », *Revue des Deux Mondes*, 1999, pp. 340-351.

SABBAGH, D., « Discrimination positive et déségrégation : les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis », *Sociétés contemporaines*, 2004, vol. 53, n° 1, pp. 85-99.

SABBAGH, D., « Les mutations contemporaines de l'affirmative action », *Politique américaine*, 2010, vol. 16, n° 1, pp. 11-24.

SABBAGH, D., « Une discrimination positive indirecte ? Les métamorphoses des politiques de promotion de la "diversité" dans l'accès aux établissements d'enseignement supérieur publics à caractère sélectif en Californie (1995-2008) », *Sociétés contemporaines*, 2010, vol. 79, n° 3, pp. 41-67.

SABBAGH, D., « Paris/Texas : Les voies détournées de la "diversité" dans les filières d'élite de l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *Revue internationale de politique comparée*, 2016, vol. 23, n° 1, pp. 85-112.

SABBAGH, D., « De la déracialisation en Amérique : apports et limites de la Critical Race Theory », *Droit et société*, octobre 2021, n° 2, pp. 287-301.

SALAS, D., « Laïcité, le dévoiement sécuritaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2018, vol. 3, n° 3, pp. 389-395.

SANDEL, M.J., « Morality and the Liberal Ideal », *New Republic*, mai 1984, vol. 190, n° 19, pp. 15-17.

SAVIDAN, P., « Multiculturalisme libéral et monoculturalisme pluriel », *Raisons politiques*, 2009, vol. 35, n° 3, pp. 11-29.

SCHALLER, W.E., « Is Liberal Neutrality Insufficiently Egalitarian? Neutrality of Justification versus Strong Egalitarianism », *The Journal of Philosophy*, décembre 2004, vol. 101, n° 12, pp. 639-650.

SCHAVELZON, S. et BEAUCAGE, P., « Cosmopolitique constituante en Bolivie : La Constitution « ouverte » et le surgissement de l'État plurinational », *Recherches amérindiennes au Québec*, avril 2014, vol. 42, n° 2-3, pp. 79-96.

SCHWARTZ, R., « La jurisprudence de la loi de 1905 », *Archives de Philosophie du Droit*, 2004, vol. 48, pp. 85-94.

SCHWARTZ, R., « Voile intégral, liberté individuelle et liberté religieuse », *Regards sur l'actualité « La laïcité à l'épreuve du voile intégral »*, octobre 2010, n° 364.

- SCOFFONI, G., « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, vol. 51, n° 2, pp. 243-280.
- SCOTT, J.W., « Gender : A Useful Category of Historical Analysis », *The American Historical Review*, décembre 1986, vol. 91, n° 5, pp. 1053-1075.
- SCOTT, J.W., « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du Genre*, 2002, vol. 33, n° 2, pp. 17-41.
- SENIERS, F., « La citoyenneté est le ciment de la République », *AJDA*, 2018, p. 1804.
- SEYMOUR, M., « Le bien commun et la justice : perspective nationale et internationale », *Éthique publique*, janvier 2004, disponible sur <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2072>.
- SHAH, P., « Asking about reasonable accommodation in England », *International Journal of Discrimination and the Law*, juin 2013, vol. 13, n° 2-3, pp. 83-112.
- SIMARD, A., « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », *Jus Politicum*, 2008, n° 1, disponible sur <http://juspolicum.com/article/L-echec-de-la-Constitution-de-Weimar-et-les-origines-de-la-democratie-militante-en-R-F-A-29.html>.
- SKINNER, Q., « Un troisième concept de liberté au-delà d'Isaiah Berlin et du libéralisme anglais », *Actuel Marx*, 2002, vol. 2, n° 32, pp. 15-49.
- SONG, S., « La défense par la culture en droit américain », *Critique internationale*, 2005, n° 3, pp. 61-85.
- SPITZ, J.-F., « Le républicanisme, une troisième voie entre le libéralisme et la communautarisme ? », *Le Banquet*, 1995, pp. 215-238.
- SPITZ, J.-F., « Républicanisme et droits de l'Homme », *Le Débat*, 1997, vol. 5, n° 97, pp. 48-69.
- SPITZ, J.-F., « Les fondements intellectuels de la République en France », *Critique*, 2004, n° 4, pp. 305-320.
- SPITZ, J.-F., « Originalité et pertinence contemporaine du langage politique républicain : une approche historiographique et analytique », *Raisons politiques*, 2009, vol. 4, n° 36, pp. 131-149.
- SPITZ, J.-F., « Le sécularisme aux États-Unis. Réflexions sur le mur de séparation », *Droits*, 2014, vol. 59, n° 1, pp. 103-122.
- STONE, C., « Should Trees Have Standing ? Toward Legal Rights for Nature Objects », *Southern California Law Review*, 1972, vol. 45, pp. 450-501.
- SUNSTEIN, C.R. et THALER, R.H., « Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron », *The University of Chicago Law Review*, Autumn 2003, vol. 70, n° 4, pp. 1159-1202.
- TAVOILLOT, P.-H., « Le libéralisme politique. Victoire ou défaite ? », *Commentaire*, 2013, vol. 2, n° 142, pp. 245-264.

TAYLOR, C., « Le juste et le bien », *Revue de métaphysique et de morale*, mars 1988, n° 1, pp. 33-56.

TERRE, D., « Droits des personnes, droits culturels, droits des groupes », *Éthique et philosophie morale*, 2007, pp. 115-134.

TROPER, M., « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, 1992, vol. 15, p. 51.

TROPER, M., « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1999, vol. 54, n° 6, pp. 1239-1255.

TROPER, M., « Le principe de laïcité », *AJJC*, 2000, pp. 430-457.

TRUCHET, D., « Unité et diversité des “grands principes” du service public », *AJDA*, 1997, p. 42.

TULLY, J., « Aboriginal Property and Western Theory: Recovering a Middle Ground », *Social Philosophy and Policy*, 1994, vol. 11, n° 2, pp. 153-180.

VALENTIN, G.-G., « Le vivre-ensemble : exigence supérieure ou droit subjectif ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, n° 30.

VALENTIN, V., « Remarques sur les mutations de la laïcité. Mythes et dérives de la « séparation ». », *RDLF*, 2016, n° 14.

VALENTIN, V., « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.

VALENTIN, V., « L'effacement de la laïcité libérale en France. De la séparation du politique et du religieux vers la promotion du « vivre-ensemble » », *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, août 2021, vol. 36, n° 2, pp. 303-321.

VERPEAUX, M., « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *AJDA*, 2010, p. 2373.

VIBERT, S., « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », *Mouvements*, 2005, n° 1, pp. 15-21.

VIDAL, D., « De l'écart entre la fiction et la réalité. La démocratie à l'épreuve de la race en Afrique du Sud et au Brésil », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2009, vol. 127, n° 2, pp. 199-222.

VIENCE, J.-M., « La tolérance, de Spinoza à Locke », *Études littéraires*, avril 2005, vol. 32, n° 1-2, pp. 125-132.

VOLPP, L., « (Mis)Identifying Culture: Asian Women and the “cultural defense” », *Harvard Women's Law Journal*, 1994, vol. 17, pp. 51-101.

WALDRON, J., « Superseding Historic Injustice », *Ethics*, 1992, vol. 103, n° 1, pp. 4-28.

WALL, S., « Neutrality and Responsibility », *The Journal of Philosophy*, août 2001, vol. 98, n° 8, pp. 389-410.

- WALLACH, J.R., « Liberals, Communitarians, and the Tasks of Political Theory », *Political Theory*, novembre 1987, vol. 15, n° 4, pp. 581-611.
- WECHSLER, H., « Toward Neutral Principles of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, novembre 1959, vol. 73, n° 1, pp. 1-35.
- WEINSTOCK, D., « Le défi du pluralisme », *Lekton*, 1993, vol. 3, n° 2, pp. 7-28.
- WERTHEIMER, R., « Understanding the Abortion Argument », *Philosophy & Public Affairs*, 1971, vol. 1, n° 1, pp. 67-95.
- WIEVIORKA, M., « Laïcité et démocratie », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, pp. 61-71.
- WOEHLING, J., « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de droit de McGill*, 1998, vol. 43, n° 3, pp. 325-401.
- WOEHLING, J., « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec », *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2007, vol. 41, n° 3, p. 70.
- WOEHLING, J., « Neutralité de l'État et accommodements : convergence ou divergence ? », *Options politiques*, septembre 2007, p. 8.
- WOEHLING, J.-M., « Le principe de neutralité confessionnelle de l'État », *Société, droit et religion*, 2011, n° 1, p. 63.
- ZELLENTIN, A., « Neutrality as a twofold concept », *Les ateliers de l'éthique*, 2009, vol. 4, n° 2, pp. 159-174.

III. Dossiers de revue

- « La question postcoloniale », *Hérodote*, 2006, vol. 120, n° 1.
- « Faut-il être postcolonial ? », *Labyrinthe*, mai 2006, n° 24.
- « La bioéthique entre philosophie politique, éthique de la vulnérabilité et technique juridique.: Autour d'un livre de Corine Pelluchon, *l'autonomie brisée. Bioéthique et philosophie*, PUF, « Léviathan », 2009. », *Droits*, 2010, vol. 51, n° 1, p. 111.
- « Dossier "La laïcité à l'épreuve du voile intégral" », *Regards sur l'actualité*, 2010, n° 364, p. 96.
- « La Critical Race Theory est-elle exportable en France ? », *Droit et société*, 2021, vol. 2, n° 108, pp. 279-382.
- « Racisme et antiracismes », *Pouvoirs*, 2022, vol. 2, n° 181.

IV. Chapitres d'ouvrages

ACKERMAN, B., « Neutralities », in R.B. DOUGLASS, G.M. MARA et H.S. RICHARDSON (dirs.), *Liberalism and the Good*, London, Routledge, 1990, p. VIII-289.

AGUDELO, C., « Qu'est-ce qui vient après la reconnaissance ? Multiculturalisme et populations noires en Amérique latine », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 267-277.

APPIAH, K.A., « Expressive Neutrality », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 83-96.

ARNESON, R.J., « Liberal Neutrality on the Good : An Autopsy », in G. KLOSKO et S. WALL (éds.), *Perfectionism and Neutrality*, Lanham, Md, Etats-Unis d'Amérique, Rowman & Littlefield Publishers, 2003, pp. 191-218.

BANCEL, N. et BLANCHARD, P., « Les origines républicaines de la fracture coloniale », in N. BANCEL, P. BLANCHARD et S. LEMAIRE (dirs.), *La fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage coloniale*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2006.

BANCEL, N. et BLANCHARD, P., « Une impossible politique muséale pour l'histoire coloniale ? », in N. BANCEL, P. BLANCHARD et D. THOMAS (dirs.), *Vers la guerre des identités ? De la fracture coloniale à la révolution ultranationale*, Paris, La Découverte, 2016.

BAUBEROT, J., « La laïcité entre la tolérance et la liberté », in *De la tolérance aux droits de l'Homme*, coll. « Inventaire », Grigny, Paroles d'Aube, 1998.

BAUBEROT, J., « La tolérance dans la France actuelle », in G. SAPIN (dir.), *Tolérance et intolérance. De l'édit de Nantes à nos jours*, Rennes, Apogée ; Presses Universitaires de Rennes, 1998.

BEAUD, O., « Souveraineté. Souveraineté, puissance, pouvoir », *Dictionnaire de philosophie politique*, 1^{re} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 735-742.

BENTOUHAMI, H., « Critical Race Theory ou comment la "race" compte », in H. BENTOUHAMI et al. (dirs.), *Le souci du droit : où en est la théorie critique ? [colloque international du réseau « Droit(s) contre loi ? », Université Paris Diderot, les 16 et 17 octobre 2008]*, Paris, Sens&tonka, 2009, pp. 187-202.

BENTOUHAMI, H., « Ce que le postcolonial fait au droit », in *Race, cultures, identités. Une approche féministe et postcoloniale*, coll. « Philosophies », n° 229, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, pp. 41-58.

BIOY, X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, 1, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2009.

BÖCKENFÖRDE, E.-W., « La naissance de l'État, processus de sécularisation », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, coll. « La pensée juridique », Bruxelles ; Paris, Bruylant ; LGDJ, 2000, pp. 101-118.

BORGETTO, M., « Citoyenneté politique et civisme en France depuis deux siècles : réflexions sur la logique et les apories du discours républicain », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Ph. Ardant*, Paris, LGDJ, 1999.

BOSSET, P., « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in M. JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Québec, Canada, Y. Blais, 2007.

BOSVIEUX-ONYEKWELU, C. et MOTTIER, V. (dirs.), « Le genre : une dimension politique du droit », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », Paris, LGDJ, 2022.

BUISSON, F., « Laïcité », *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire. Partie I. Tome 2*, Paris, Hachette, 1888.

BUI-XUAN, O., « Espace public et libertés religieuses », in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, coll. « Colloques & Essais », Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012, pp. 123-133.

BUI-XUAN, O., « Sphère publique, espace public et diversité religieuse », in *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, coll. « Colloques & Essais », Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, pp. 259-274.

BURGORGUE-LARSEN, L., « Le constitutionnalisme 'vert' : Much ado about nothing ? », in *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dubuy*, Leiden, Brill, 2014, pp. 909-927.

CALVES, G., « Sur un prétendu droit au respect des croyances religieuses », in A. BARB et D. LACORNE (dirs.), *Les politiques du blasphème*, coll. « Recherches internationales », Paris, Karthala, 2018, pp. 77-93.

CAYLA, O. et HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Bioéthique », in M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3, Suprématie de la Constitution*, coll. « Traités Dalloz », Paris, Dalloz, 2012, pp. 563-601.

CHAMPION, J., « “Le culte privé est libre quand il est rendu dans le secret” : Hobbes, Locke et les limites de la tolérance, l'athéisme et l'hétérodoxie », in Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 221-253.

CHEVALLIER, J., « Les aspects idéologiques de l'État de droit », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *L'État de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, pp. 69-80.

CHIU, V., « Les tribunaux environnementaux et la justice constitutionnelle : l'exemple latino-américain », in *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 87-107.

CLARKE, S., « Consequential Neutrality Revivified », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality : a re-evaluation*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 109-120.

COLLIOT-THELENE, C., « État et société civile », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 225-230.

CONKLE, D.O., « Expression et symbolisme religieux dans la tradition constitutionnelle américaine : neutralité de l'État, mais pas indifférence », in É. ZOLLER (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, pp. 153-177.

CONSTANT, B., « De Godwin et de son ouvrage sur la justice politique », in M. GAUCHET (éd.), *De la liberté chez les Modernes*, coll. « Pluriel », n° 8532, Paris, Hachette, 1989, pp. 563-570.

COTE, P., « Considérations sur l'émergence et la formulation de lois portant sur les sectes en France et en Belgique », in P. COTE et T.J. GUNN (éds.), *La nouvelle question religieuse. Régulation ou ingérence de l'État ? / The New Religious Question. State Regulation of State Interference ?*, coll. « Dieux, Hommes et Religions », n° 9, New-York, PIE-P. Lang, 2006, pp. 285-342.

CRENSHAW, K.W., « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », in *The Public Nature of Private Violence*, New-York, Routledge, 1994, pp. 93-118.

DE BRIEY, L., « L'autonomie collective : une réponse à la neutralité libérale », in M.-A. DILHAC et S. GUERARD DE LATOUR (éds.), *Étant donné le pluralisme*, coll. « Philosophie », Paris, Éditions de la Sorbonne, 18 février 2019, pp. 95-104.

DE MARNEFFE, P., « The Possibility and Desirability of neutrality », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political Neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 44-56.

DIAZ, C.G., « Le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, pp. 19-28.

DORD, O., « L'affirmation du principe constitutionnel de laïcité dans la République », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 407-418.

DOWNS, L.L., « Les gender studies américaines », in M. MARUANI (dir.), *Femmes, genre et société*, coll. « Textes à l'appui / Hors-Série », Paris, La Découverte, 2005, pp. 356-363.

DUMOUCHEL, P. et MELKEVIK, B., « Introduction. Penser la tolérance aujourd'hui », in *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998.

DWORKIN, R., « Foundations of liberal equality », in *The Tanner Lectures on Human Values*, XI, s.l., Grethc B. Peterson, 1990, p. 21.

DWORKIN, R., « Le libéralisme », in *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 225-255.

DWORKIN, R., « Le procès Bakke : le système des quotas est-il injuste ? », in *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 367-379.

DWORKIN, R., « Qu'a-t-on véritablement décidé dans le procès Bakke ? », in *Une question de principe*, coll. « Recherches politiques », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 380-393.

FAUTRE, W., « Cults: Do Democracies Need Laws of Exception? The Belgian Experience », in P. COTE et T.J. GUNN (éds.), *La nouvelle question religieuse. Régulation ou ingérence de l'État ? / The New Religious Question. State Regulation of State Interference?*, coll. « Dieux, Hommes et Religions », n° 9, New-York, PIE-P. Lang, 2006, pp. 93-111.

FERRY, J.-M., « De l'élection de valeurs à l'adoption de normes », in S. MESURE (dir.), *La rationalité des valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 143-182.

FERRY, L., « L'émergence du couple Etat/société », in *Histoire de la philosophie politique. Tome IV: Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, pp. 37-51.

FOYER, J., « Les multiples politiques de la diversité bio-culturelle : Entre modernité alternative et rhétorique instrumentale », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 377-389.

GAGNON, F., « Tolérance, pluralisme et neutralité », in P. DUMOUCHEL (dir.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthikè », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 135-152.

GALSTON, W.A., « Défendre le libéralisme », in *Le perfectionnisme libéral. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2016.

GAUCHET, M., « Préface. Benjamin Constant : l'illusion lucide du libéralisme », in *De la liberté chez les Modernes : écrits politiques*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 1989, pp. 9-91.

GAUS, G.F., « The Moral Foundations of Liberal Neutrality », in T. CHRISTIANO et J. CHRISTMAN (éds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Oxford, UK, Wiley-Blackwell, 17 avril 2009, pp. 79-98.

GAUTIER, C. et FERGUSON, A., « Introduction. Ferguson ou la modernité problématique », in *Essai sur l'histoire de la société civile*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 5-98.

GOMEZ-MULLER, A., « Les communautariens et la critique de l'individualisme libéral, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer », in *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 672-681.

GOODIN, R.E. et REEVE, A., « Do Neutral Institutions Add Up to a Neutral State ? », in *Liberal Neutrality*, New-York, Routledge, 1989, pp. 193-210.

GOTANDA, N., « A Critique of "Our Constitution is Color-Blind" », in K. CRENSHAW (éd.), *Critical Race Theory : The Key Writings that Formed the Movement*, New-York, New Press, 1995, pp. 257-275.

GRIMM, D., « La souveraineté », in *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1, Théorie de la Constitution*, coll. « Traités Dalloz », Paris, Dalloz, 2012, pp. 547-606.

GROS, J.-M., « Sens et limites de la théorie de la tolérance chez Bayle », in P.-F. MOREAU et O. ABEL (dirs.), *Pierre Bayle, la foi dans le doute : actes de la Journée « Bayle »*, coll. « Histoire et société », n° 32, Genève, Labor et Fides, 1995, pp. 65-86.

GROS, J.-M., « Bayle, de la tolérance à la liberté de conscience », in *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 295-311.

GROS, J.-M., « La tolérance et le problème théologico-politique », in *Pierre Bayle dans la République des Lettres : philosophie, religion, critique*, coll. « Vie des huguenots », n° 35, Paris, Champion, 2004.

GROS, J.-M., « Introduction », in *De la tolérance : commentaire philosophique*, coll. « Vie des huguenots », n° 39, Paris, Champion, 2006.

GROSFUGUEL, R., « Vers une décolonisation des “uni-versalismes” occidentaux : le “pluri-versalisme décolonial”, d’Aimé Césaire aux zapatistes », in A. MBEMBE et al. (dirs.), *Ruptures postcoloniales. Les nouveaux visages de la société française*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2010, pp. 119-138.

GUTMANN, A., « Le multiculturalisme en éthique politique », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l’Université Laval ; L’Harmattan, 2002, pp. 31-62.

GUTMANN, A., « Introduction », in *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 2009, pp. 13-39.

HAARSCHER, G., « La neutralité, l’intégrité et la protection des minorités », in S. GOYARD-FABRE (dir.), *L’État au XXe siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, coll. « Histoire des idées et des doctrines », Paris, Vrin, 2004, pp. 249-273.

HAMON, F., « Le statut des partis politiques », in *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2, Distribution des pouvoirs*, coll. « Traités Dalloz », Paris, Dalloz, 2012, pp. 413-439.

HARRIS, C., « Whiteness as Property », in *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New-York, New Press, 1995, pp. 276-291.

HARRIS, I., « Tolérance, Église et État chez Locke », in *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 175-218.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Derrière la burqa, les rapports entre Droit et Laïcité : la subversion de l’État de droit ? », in D. KOUSSENS et O. ROY (dirs.), *Quand la burqa passe à l’Ouest ? Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, coll. « Sciences des religions », Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013, pp. 159-175.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », n° 61, Paris, LGDJ, Lextenso, 2022, pp. 159-171.

HERRERA, C.-M., « Variations, évolutions, métamorphoses : Les significations du concept de constitutionnalisme », in *Variations, évolutions, métamorphoses. XVe Journée scientifiques*

pluridisciplinaires de Tours, les 7 et 8 juin 2012, coll. « Les colloques de l'Institut universitaire de France », Saint-Étienne, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 2012, pp. 359-370.

HERRERA, C.-M., « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, pp. 83-114.

HERRERA, C.-M., « La question du constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre nouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, pp. 9-18.

JAUME, L., « Le citoyen : héritage d'une idée, incertitudes du présent », in P. IGNARI et D. REYNIE (dirs.), *La vie politique. Pour Pascal Perrineau*, coll. « Académique », Paris, Presses de Sciences Po, 2021, pp. 311-324.

JAUNAIT, A., « L'invention trans de l'identité de genre dans le droit français », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », n° 61, Paris, LGDJ, Lextenso, 2022, pp. 31-45.

JONES, P., « The ideal of the neutral state », in *Liberal Neutrality*, London, Routledge, 1989, pp. 9-38.

JOUANJAN, O., « État de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 649-653.

JOUANJAN, O., « Égalité », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 585-589.

KLIBANSKY, R., « Préface », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998.

KYMLICKA, W., « Démocratie libérale et droits des cultures minoritaires », in F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGE (dirs.), *Pluralisme, citoyenneté & éducation*, coll. « Éthiké », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 25-51.

KYMLICKA, W., « Liberal complacencies », in *Is Multiculturalism Bad For Women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 31-34.

KYMLICKA, W., « Les droits des minorités et le multiculturalisme : l'évolution du débat anglo-américain », in *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 141-171.

LABAYLE, H., « “Vivre ensemble”, entre neutralité et parti pris », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 363-371.

LABORDE, C., « La liberté de religion à l'âge séculier », in *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés - Canada, Europe, Belgique*, coll. « Études canadiennes », n° 29, Bruxelles, Peter Lang, 2015, pp. 29-41.

LABROUSSE, É., « Tolérance », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 814-817.

LACROIX, L., « État plurinational et redéfinition du multiculturalisme en Bolivie », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 135-145.

LAFFAILLE, F., « Conclusions : indispensable et ambivalente diversité », in C. RUET et F. AUMOND (éds.), *Appréhender la diversité. Regards pluridisciplinaires sur l'appréhension de la diversité*, coll. « Colloques & Essais », Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, pp. 287-298.

LAFFAILLE, F., « Constitutionnalisme écoentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental) », in *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, coll. « Droit comparé », Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 201-220.

LALANDE, A., « Concept », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 160 et s.

LARMORE, C., « Le “nous” moral que nous sommes », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 219-234.

LARMORE, C., « Du libéralisme politique », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 141-170.

LARNAUDE, F., « Le droit public - sa conception - sa méthode », in *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, pp. 1-61.

LARRERE, C., « Grotius », *Dictionnaire de philosophie politique*, 1ère éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 297-301.

LAURENT-BOUTOT, C., « L'épilogue de l'affaire Baby Loup : la circulation normative chaotique de la liberté religieuse », in *Voyage au bout de la logique juridique. Mélanges offerts au Professeur Jean Mouly*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2020, pp. 247-258.

LE QUINIO, A., CHIU, V. et LE QUINIO, A., « Le juge constitutionnel et la reconnaissance de droits au profit de la nature : réflexion à l'aune des exemples de la Bolivie et de l'Équateur », in *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, coll. « Droit comparé », Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 263-280.

LEMAIRE, S., « Colonisation et immigration : des points aveugles de l'histoire à l'école ? », in N. BANCEL, P. BLANCHARD et S. LEMAIRES (dirs.), *La fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*, coll. « Cahiers libres », Paris, La Découverte, 2005, pp. 93-104.

LENOIR, N., « La République et les citoyens », in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 73-100.

LOCHAK, D., « Les minorités et le droit public français. Du refus des différences à la gestion des différences », in *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp. 111-185.

MACINTYRE, A., « Le patriotisme est-il une vertu ? », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 287-309.

MACLEOD, C.M., « Neutrality, Public Reason and Deliberative Democracy », in *Political neutrality : a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 159-179.

MATHIEU, B., « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 453-459.

MATHIEZ, A., « La séparation des Églises et de l'État a-t-elle existé réellement sous la Révolution française ? », in J.-M. SCHIAPPA (dir.), *1905 ! La loi de séparation des Églises et de l'État*, Paris, Syllepse, 2005, pp. 15-24.

MAULIN, É., « Souveraineté », *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1434-1439.

MELKEVIK, B., « Le droit à une identité culturelle : réflexions sur le nouveau droit international », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, pp. 277-288.

MERRILL, R., « Neutralité éthique de l'État », *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Nancy, Berger Levraut, 2015, pp. 667-671.

MESURE, S. et RENAUT, A., « La discussion républicaine du libéralisme moderne », in *Histoire de la philosophie politique. Tome IV: Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Levy, 1999, pp. 319-359.

MEYER-BISCH, P., « Les droits culturels, facteurs du lien politique », in *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, pp. 453-472.

MIAILLE, M., « La laïcité entre République et Démocratie », in *Constitution, justice, démocratie. Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020, pp. 481-489.

MILLARD, É., « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Doyen F.-P. Blanc*, Perpignan ; Toulouse, Presses Universitaires de Perpignan ; Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 721-727.

MOTSCH, P., « “L'insoutenable légèreté” du genre : les trois féminismes paradigmatiques entre quête d'émancipation et poids de la fatalité », in M. DUBUY, P. MOTSCH et J. NOËL (dirs.), *Féminisme(s) et droit public*, coll. « Droit, politique et société », Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2015, pp. 29-79.

NEAL, P., « Une théorie libérale du bien ? », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 121-140.

NEMO, P., « Démocrates et libéraux en France aux xvii^e et xviii^e siècles », in *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2013, pp. 411-488.

NOOTENS, G., « Multiculturalisme et tolérance : penser le pluralisme culturel », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998.

O'CATHASAIGH, S., « Bayle and Locke on toleration », in M. MAGDELAINE, M.-C. PITASSI et A. MCKENNA (dirs.), *De l'Humanisme aux Lumières, Bayle et le protestantisme. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Labrousse*, Paris : Oxford, Universitas ; Voltaire Foundation, 1996, pp. 679-692.

OGIEN, R., « Neutrality toward non-controversial Conceptions of the Good life », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 97-108.

OKIN, S.M., « Le genre, le public et le privé », in *Genre et politique. Débats et perspectives*, coll. « Folio Essais », n° 370, Paris, Gallimard, 2000, pp. 345-396.

OST, F., « Conclusions. Quelle liberté pour les groupes liberticides ? Six questions pour un débat », in H. DUMONT et al. (dirs.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Burxelles, Bruylant, 2000, pp. 449-459.

OTIS, G., « La tolérance comme fondement et limite de droits identitaires autochtones », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998.

PAREKH, B., « Sociétés multiculturelles et crise de l'État-nation », in F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGE (dirs.), *Pluralisme, citoyenneté & éducation*, coll. « Éthiké », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 137-150.

PASTOR, R.V. et DALMAU, R.M., « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, coll. « Nomos&Normes », Paris, Kimé, 2015, pp. 29-53.

PATEMAN, C., « Feminist Critiques of the Public/ Private Dichotomy », in S. BENN et G.F. GAUS (dirs.), *Public and Private in Social Life*, Londres, Croom Helm, 1983.

PELABAY, J., « La République des "valeurs" : entre public et privé, quel lien citoyen ? », in P. PERINNEAU et L. ROUBAN (dirs.), *La démocratie de l'entre-soi*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017, pp. 119-132.

PETTIT, P., « Libéralisme. Libéralisme et républicanisme », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 2, coll. « Quadrige. Dico Poche », Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 1078-1087.

PHILIP-GAY, M., « Le Conseil constitutionnel et la laïcité. Quelques réflexions à la lumière de l'oeuvre de Dominique Rousseau », in *Constitution, justice, démocratie. Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2020, pp. 725-733.

PRELOT, P.-H., « Définir juridiquement la laïcité », in G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et justice », n° 67, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115-149.

RAYNAUD, P., « Libéralisme », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 338-344.

RAYNAUD, P., « Philosophie politique », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 560-567.

RAYNAUD, P., « Égalité », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 211-217.

RAZ, J., « Multiculturalism: A Liberal Perspective », in *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 170-191.

RENAUT, A., « Liberté. Liberté et autonomie », *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 345-348.

RENAUT, A., « Républicanisme et modernité », in S. CHAUVIER (dir.), *Libéralisme et Républicanisme*, Cahiers de philosophie de l'Université de Caen, n° 34, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2000, p. 165 et s.

RENAUT, A., « Le débat français sur les langues régionales », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 381-400.

RENAUT, A., « Le multiculturalisme est-il un humanisme ? », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine : démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », [Sainte-Foy, Québec] ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, pp. 107-121.

REY, A. (éd.), « Neutre », *Dictionnaire historique de la langue française : contenant les mots français en usage et quelques autres délaissés*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1994.

REY, A., « Tolérer », *Dictionnaire historique de la langue française : contenant les mots français en usage et quelques autres délaissés*, Paris, Le Robert, 1994.

RIVERO, J., « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative », in *La laïcité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1960, p. 260.

ROLLAND, P., « La laïcité de l'État à l'épreuve du "retour du religieux" », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 645-653.

ROMAN, D., « Les stéréotypes de genre : "vieilles lunes" ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL et D. ROMAN (éds.), *Ce que le genre fait au droit*, coll. « À droit ouvert », Paris, Dalloz, 2013, pp. 93-121.

ROSSETTO, J., « La constitutionnalité des lois mémorielles », in *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, Paris, 2014, pp. 93-97.

ROUSSEAU, D., « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », in *Mélanges Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 885-894.

SAADA, E., « Une nationalité par degré. Citoyenneté et civilité en situation coloniale », in S. DUFOIX et P. WEIL (dirs.), *L'Esclavage et la Colonisation, et après...*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, pp. 193-227.

SAADA, E., « La république des indigènes », in *Dictionnaire critique de la république*, Paris, Flammarion, 2007, pp. 364-370.

SANDEL, M., « La république procédurale et le moi désengagé », in *Libéraux et communautariens*, Philosophie morale, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 255-274.

SANTAMARIA, A., « Les peuples autochtones colombiens entre reconnaissance juridique et violence locale », in C. GROS et D. DUMOULIN-KERVAN (éds.), *Le multiculturalisme au concret : Un modèle latino-américain ?*, coll. « Monde hispanophone », Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 7 mars 2017, pp. 241-252.

SAVIDAN, P., « La reconnaissance des identités culturelles comme enjeu démocratique », in R. LE COADIC (dir.), *Identités & démocratie. Diversité culturelle et mondialisation : repenser la démocratie*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, pp. 231-253.

SCHNAPPER, D., « Comment reconnaître les droits culturels ? », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

SENAC, R., « Le droit à l'épreuve des dilemmes de l'égalité : de la catégorisation sexuée binaire à l'état civil », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (dirs.), *Genre, droit et politique*, coll. « Droit et société. Série sociologie », n° 61, Paris, LGDJ, Lextenso, 2022, pp. 173-189.

SEYMOUR, M., « Le libéralisme, la politique de la reconnaissance et le cas du Québec », in W. KYMLICKA et S. MESURE (dirs.), *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 119-138.

SHER, G., « Perfectionism and Democracy », in R. MERRILL et D.M. WEINSTOCK (dirs.), *Political neutrality: a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 144-155.

SKINNER, Q., « The Paradoxes of Political Liberty », in *The Tanner Lectures on Human Values: Volume 5, 1984*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, pp. 227-250.

SKINNER, Q., « Sur la justice, le bien commun et la priorité de la liberté », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 209-226.

SOSOE, L.K., « Politiques de la reconnaissance, culture et critique du colonialisme au multiculturalisme ? », in *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, pp. 423-439.

SPINNER-HALEV, J., « Historical Injustice », in D. ESTLUND (éd.), *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 319-335.

SPITZ, J.-F., « Quelques difficultés de la théorie lockienne de la tolérance », in *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIIe siècle. Tome I, Études*, Fondements de la politique, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 115-150.

SPITZ, J.-F., « Introduction », in *Lettre sur la tolérance*, coll. « GF Flammarion », Paris, Flammarion, 2007, pp. 11-97.

TAVOILLOT, P.-H., « Fondation démocratique et autocritique libérale : Sieyès et Constant », in *Histoire de la philosophie politique. Tome IV: Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, pp. 103-131.

TAYLOR, C., « The Importance of Herder », in *Philosophical Arguments*, Cambridge ; London, Harvard University Press, 1995, pp. 79-99.

TAYLOR, C., « Qu'est-ce qui ne tourne pas rond dans la liberté négative ? », in *La liberté des modernes*, coll. « Philosophie Morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 255-283.

TAYLOR, C., « L'atomisme », in *La liberté des modernes*, coll. « Philosophie Morale », Paris, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 223-254.

TAYLOR, C., « Nationalism and Modernity », in *The Ethics of Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

TAYLOR, C., « Quiproquos et malentendus : le débat communautaires - libéraux », in A. BERTEN, P. DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 87-119.

TZIZIS, S., « Sémantique de la tolérance et humanisme juridique », in P. DUMOUCHEL et B. MELKEVIK (dirs.), *Tolérance, pluralisme & histoire*, coll. « Éthiké », Paris, L'Harmattan, 1998.

VALENTIN, V., « L'idée libérale et ses interprètes », in *Les penseurs libéraux*, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », Paris, Les Belles Lettres, 2012, pp. 9-87.

VALENTIN, V., « Espace public, ordre public et ordre moral », in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, coll. « Colloques & Essais », Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012, pp. 113-121.

VALENTIN, V., « Le refus de la virginité ou les paradoxes du paternalisme post-moderne », in *Penser la science administrative dans la post-modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2013, pp. 541-551.

WALDRON, J., « Legislation and moral neutrality », in *Liberal Neutrality*, London, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Routledge, 1989, pp. 61-83.

WALDRON, J., « Identité culturelle et responsabilité civique », in *Les identités culturelles*, coll. « Comprendre », n° 1, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 173-192.

WALL, S., « Perfectionist Neutrality », in *Political neutrality : a re-evaluation*, Basingstoke ; New-York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 57-82.

WALZER, M., « La critique communautarienne du libéralisme », in A. BERTEN, DA SILVEIRA et H. POURTOIS (dirs.), *Libéraux et communautariens*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 311-336.

WEINSTOCK, D., « Droits collectifs et libéralisme : une synthèse ? », in F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGE (dirs.), *Pluralisme, citoyenneté & éducation*, coll. « Éthikè », Montréal ; Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 53-80.

WEINSTOCK, D., « La problématique multiculturaliste », in A. RENAUT (dir.), *Histoire de la philosophie politique. Tome IV, Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1999.

WEINSTOCK, D., « Le pluralisme axiologique en philosophie politique contemporaine », in L.K. SOSOE (dir.), *Diversité humaine. Démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, coll. « Dikè », Sainte-Foy, Québec ; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, pp. 67-81.

WEINSTOCK, D., « La neutralité de l'État en matière culturelle est-elle possible ? », in R. LE COADIC (dir.), *Identités et démocratie. Diversité culturelle et mondialisation : repenser la démocratie*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, pp. 365-380.

WOEHLING, J.-M., « Les limites du principe juridique de neutralité de l'État en matière religieuse », in S. AKGÖNUL (dir.), *Laïcité en débat : Principes et représentations en France et en Turquie*, coll. « Société, droit et religion », Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, pp. 141-166.

WYVEKENS, A., « La justice et la "diversité culturelle". Au pays des aveugles ? », in *Penser la science administrative dans la post-modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2013, pp. 335-346.

ZARKA, Y.C., « La tolérance ou comment coexister : anciens et nouveaux enjeux », in Y.C. ZARKA (dir.), *Les fondements philosophiques de la tolérance en France et en Angleterre au XVIIe siècle. Tome I, Études*, coll. « Fondements de la politique », Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. V-XVI.

ZOLLER, É., « La laïcité aux États-Unis ou la séparation des Églises et de l'État dans la société pluraliste », in É. ZOLLER (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, coll. « Thèmes & commentaires Actes », Paris, Dalloz, 2005, pp. 3-32.

ZUBER, V. et ROUX, G., « Tolérance », *Dictionnaire historique et critique du racisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, pp. 1772-1777.

« Multicultural », *Oxford English Dictionary*, X, Oxford, Clarendon Press, 1989.

V. Thèses

BOYER, A., *Quels fondements éthiques pour quel libéralisme ? Critique et justification (malgré tout) du libéralisme moderne*, Thèse de doctorat, Genève, Université de Fribourg, août 2007.

CARRERE, T., *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, Montpellier, Université de Montpellier, 30 novembre 2017.

CRETIN SOMBARDIER, M., *Deux pensées constitutionnelles révolutionnaires : Robespierre et Condorcet*, Droit public, Strasbourg, Université de Strasbourg, 28 septembre 2018.

DESMONS, O., *Les présupposés du libéralisme politique : quelle justification ? John Rawls et l'hypothèse herméneutique*, Québec ; Lille, Laval ; Charles de Gaulle - Lille 3, 2014.

MOUTOUH, H., *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse de doctorat, 1995-2013, France, Université Bordeaux-IV, 1996.

VI. Documents, études et rapports

Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Rapport du comité présidé par Simone Veil, Paris, La Documentation française, 2009.

ACCOYER, B., *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement, au nom de la mission d'information sur les lois mémorielles*, 18 novembre 2008.

BASTID, P., *Cours de droit constitutionnel* [doctorat], Les Cours de droit, 1960-1961

CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité. Rapport public 2004*, Paris, La Documentation française, 2004.

CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral. Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le jeudi 25 mars 2010*, 25 mars 2010, p. 46.

CONSEIL D'ÉTAT, Ass., Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013, 19 décembre 2013.

DEBRE, J.-L., *Rapport fait au nom de la mission d'information sur la question du port des signes religieux à l'école. Tome I*, 4 décembre 2003, disponible sur <https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1275-t1.asp>.

Déclaration de Mme N. Vallaud-Belkacem, Ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, sur la mobilisation de l'école pour les valeurs de la République, Paris le 22 janvier 2015.

GARRAUD, J.-P., *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2520) interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, 23 juin 2010, disponible sur <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2648.asp>.

GERIN, A. et RAOULT, É., *Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national*, 26 janvier 2010, disponible sur https://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2262.asp#P1554_401888.

HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION, *Rapport public. L'Islam dans la République*, novembre 2000, p. 204.

STASI, B., *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*, 11 décembre 2003.

« Privilège », *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, disponible sur <http://stella.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=1871755590>;

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, « Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 du Protocole n°12 à la Convention », 31 décembre 2019.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, « Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Liberté de pensée, de conscience et de religion », 30 avril 2021.

FERRY, J., « Lettre aux instituteurs », 17 novembre 1883, disponible sur https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2020/12/lettre_ferry_instituteurs.pdf.

ROUSSEAU, J.-J., « Lettre de J.-J. Rousseau à Monsieur de Voltaire, le 18 août 1756 », 18 août 1756.

SOUVIGNET, X., « La neutralité comme idéologie », Colloque de la promotion 2014 de l'agrégation de droit public, Tours, 13 octobre 2016, disponible sur https://www.canal-u.tv/video/irji/xavier_souvignet_professeur_a_l_universite_de_grenoble_la_neutralite_comm_e_ideologie.26093.

Discours prononcé par M. Jules Ferry (Président du Conseil, Ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts), séance du 31 mai 1883, JO Sénat du 1er juin 1883.

Discours in-extenso de M. Léon Gambetta (député), prononcé à Romans (Drôme) le 18 septembre 1878, Romans, impr. Henri Rosier, 1878.

SAUVE, J.-M., « Laïcité et République », intervention lors de la Conférence Olivaint le 6 décembre 2016, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/laicite-et-republique>.

Proposition de loi n°2595 visant à étendre le principe de laïcité aux établissements publics d'enseignement supérieur.

Proposition de loi n°2316 visant à inclure les sorties scolaires dans la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Proposition de loi « Démocratiser le sport en France », Première lecture, Sénat, amendement n°COM-10, 3 janvier 2022, présenté par M. Piednoir.

VII. Articles de presse

« La « morale laïque » à l'école, une question controversée », *La Croix*, 2 septembre 2012, disponible sur https://www.la-croix.com/Actualite/France/La-morale-laique-a-l-ecole-une-question-controversee-_EP_-2012-09-02-848934.

« Grande première. La Nouvelle-Zélande célèbre le Matariki, le nouvel maori », *Courrier international*, 24 juin 2022.

BADINTER, E., DEBRAY, R., FINKIELKRAUT, A., de FONTENAY, E., KINTZLER, C., « L'affaire du foulard islamique : Profs, ne capitulons pas ! », *Le Nouvel Observateur*, 2 novembre 1989.

BADINTER, E., BIDAR, A., BOUGRAB, J. *et al*, « Crèche Baby-Loup : appel à toutes les consciences républicaines ! », *Change.org*, 19 mars 2013.

BORILLO, D., FASSIN, É. et MECARY, C., « Mariage et adoptions pour tous, PMA pour certains ? », *Le Monde*, 7 novembre 2012.

BRUNERIE-KAUFFMANN, J., DESIR, H., DUMONT, R., PERRAULT, G., TOURAINE, A., « Appel pour une laïcité ouverte », *Politis*, n°79, du 9 au 15 novembre 1989.

CERF, J., « Ruwen Ogien : “L’Etat n’est pas là pour inculquer une vision du bien” », *Télérama.fr*, 5 mai 2017, disponible sur <https://www.telerama.fr/idees/le-philosophe-ruwen-ogien-la-neutralite-ethique-de-l-etat,97789.php>.

LE POURHIET, A.-M., « Inscrire l’IVG dans la Constitution est inutile et insensé », *Marianne*, 27 juin 2022, disponible sur <https://www.marianne.net/agora/entretiens-et-debats/inscrire-livg-dans-la-constitution-est-inutile-et-insense>.

LEVADE, A., « Inscrire le droit à l’avortement dans notre Constitution, une proposition ni justifiée ni pertinente », *Club des juristes*, 27 juin 2022, disponible sur <https://blog.leclubdesjuristes.com/inscrire-le-droit-a-lavortement-dans-notre-constitution-une-proposition-ni-justifiee-ni-pertinente-par-anne-levade-professeur-de-droit-public-a-luniversite-paris-1-pantheon-sorbonne-membre-du/>.

MAMET, L., « Burkini: “Une décision étonnante” du tribunal administratif », *Le Dauphiné Libéré*, 27 mai 2022, p. 2.

MATHIEU, B., « L’avortement n’est pas un droit fondamental, mais une liberté fondamentale », *La Croix*, 27 juin 2022, disponible sur <https://www.la-croix.com/Debats/Lavortement-nest-pas-droit-fondamental-liberte-fondamentale-2022-06-27-1201222238>.

SOUSA, M.D. et MELIN, C., « La protection de la démocratie face à la montée de la droite radicale et de l'extrême droite. Une étude comparative luso-allemande », *JP blog*, 25 juillet 2022, disponible sur <http://blog.juspoliticum.com/2022/07/25/la-protection-de-la-democratie-face-a-la-montee-de-la-droite-radicale-et-de-lextreme-droite-une-etude-comparative-luso-allemande-par-melanie-de-sousa-et-clothilde-melin/>.

SOURCES JURIDIQUES

I. Dispositions constitutionnelles

1. France

Constitution du 3 septembre 1791.

Constitution du 26 juin 1793.

Constitution du 22 août 1795.

Constitution du 4 octobre 1958.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789

Loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes.

Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

2. Dispositions constitutionnelles étrangères

Constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787.

Constitution du Paraguay, 20 janvier 1992.

Constitution du Venezuela, 15 décembre 1999.

Constitution de l'Équateur, 20 octobre 2008.

Constitution de Bolivie, 7 février 2009.

Déclaration des droits de Virginie, 12 juin 1776.

Dispositions transitoires et finales, XII, Constitution italienne du 22 décembre 1947.

Ley de Derechos de la Madre Tierra, n°71, 21 décembre 2010.

Ley Marco de Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, n°300, 15 octobre 2012.

II. Conventions et déclarations internationales

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 4 janvier 1969.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 3 septembre 1981.

Convention n°169 de l'Organisation internationale du travail relatives aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989.

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 10 novembre 1994.

Déclaration universelle des droits de l'animal, 15 octobre 1978.

Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, 2 novembre 2001.

Déclaration de Fribourg sur les droits culturels, 7 et 8 mai 2007.

III. Dispositions législatives

1. Canada

Loi sur l'observance du dimanche, 28 février 1907.

Loi sur le mariage civil, 20 juillet 2005, ch. 33.

2. France

« Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire : extraits du rapport », disponible sur <https://www.senat.fr/evenement/archives/D42/rap1882.html>.

Loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire.

Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, 83-634.

Loi n°83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage et en hommage aux victimes de l'esclavage.

Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

Loi n°94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie.

Loi n°99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique de Nord » de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc ».

Loi n°2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

Loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 sur la reconnaissance du génocide arménien.

Loi n°2000-644 du 10 juillet 2000 instituant une journée nationale à la mémoire des victimes de crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux Justes de France.

Loi n°2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.

Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

Loi n°2001-70 du 29 janvier 2011 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

Article L. 1321-2-1 du Code du Travail.

3. Québec (Canada)

R-26.2.01 - Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes.

IV. Jurisprudence

1. Allemagne

BverfGE 2, 1 (23 octobre 1952).

BVerfGE 4, 7 (20 juillet 1954).

BVerfGE 5, 85 (17 août 1956).

BVerfGE 105, 279, Osho (26 juin 2002).

Landgericht Köln, 7 mai 2012, 151 Ns 169/11.

BVerfG, 17 janvier 2017, n°2 BvB 1/13.

2. Canada

O'Malley c. Simsons-Sears Limited, [1985] 2 RCS 536.

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 RCS 713.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.

R. c. Big M Drug Mart, [1985] 1 RCS 295.

Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 RDC 525, 23 juin 1994.

Commission des droits de la personne du Québec c. Lingerie Roxana, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.).

Cour suprême du Canada, *R. c. Children's Aide Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S.

Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.).

Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.).

Commission scolaire des Rives-du-Saguenay c. Rondeau, J.E. 2002-2147, REJB 2002-35373 (C.S.).

Barbeau v. British Columbia (AG), 2003 BCCA 251.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Collège Montmorency, J.E. 2004-966 (T.D.P.).

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 RCS 551.

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 RCS 256, 2 mars 2006.

3. Colombie

Décision T-188 de 1993, Cour constitutionnelle de Colombie.

Décision T-342 de 1994, Cour constitutionnelle de Colombie.

Décision T-622 de 2016, Cour constitutionnelle de Colombie.

4. Commission européenne des droits de l'homme

Comm. EDH, 4 octobre 1977, X. c. Royaume-Uni, req. n°7291/75.

Comm. EDH, 12 juillet 1978, X. c. Royaume-Uni, req. n°7992/77.

Comm. EDH, 12 octobre 1978, Arrowsmith c. Royaume-Uni, req. n°7050/75.

Comm. EDH, 5 mai 1979, X. et Church of Scientology c. Suède, req. n°7805/77.

Comm. EDH, 19 mars 1981, Omkarananda et Divine Light Zentrum c. Suisse, req. n°8118/77.

Comm. EDH, 25 février 1982, Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, req. n°7511/76; 7743/76.

Comm. EDH, 8 mars 1985, Knudsen c. Norvège, req. n°11045/84.

Comm. EDH, 3 décembre 1986, Angelini c. Suède, req. n°10491.

Comm. EDH, 14 juillet 1987, Chappell c. Royaume-Uni, req. n°12587/86.

Comm. EDH, 9 mai 1989, Darby v. Sweden, req. n°11581/85.

Comm. EDH, 10 février 1993, W. c. Royaume-Uni, req. n°18187/91.

5. Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, GC, 14 mars 2017, Bougnaoui contre Micropole SA, C-188/15.

CJUE, GC, 14 mars 2017, Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV, C-157/15.

CJUE, GC, 15 juillet 2021, IX c. Wabe et MH Müller Handels GmbH c. MJ, C-804/18.

6. Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, req. n°5493/72.

CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, req. n°14307/88.

CEDH, 20 septembre 1994, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, req. n°13470/87.

CEDH, 26 septembre 1996, Manoussakis et autres c. Grèce, req. n°18748/91.

CEDH, 24 février 1998, Larissis et autres c. Grèce, req. n°23372/94.

CEDH, GC, 18 février 1999, Buscarini et autres c. Saint-Marin, req. n°24645/94.

CEDH, GC, 6 avril 2000, Thlimmenos c. Grèce, req. n°34369/97.

CEDH, GC, 26 octobre 2000, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie, req. n°30985/96.

CEDH, 15 février 2001, Dahlab c. Suisse, req. n°42393/98.

CEDH, GC, 10 mai 2001, Chypre c. Turquie, req. n°25781/94.

CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, req. n°2346/02.

CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni, n° 28957/95.

CEDH, GC, 13 février 2003, Refah Partisi et autres c. Turquie, Req. n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98.

CEDH, 19 septembre 2003, Van Kück v. Germany, req. n° 35968/97.

CEDH, 3 novembre 2005, F. L. c. France, req. n°61162/00.

CEDH, 5 octobre 2006, Branche de Moscou de l'armée du Salut c. Russie, req. n°72881/01.

CEDH, 14 juin 2007, Sviato-Mykhailivska-Parafihya c. Ukraine, req. n°77703/01.

CEDH, GC, 29 juin 2007, Folgero et autres c. Norvège, req. n°15472/02.

CEDH, 9 octobre 2008, Hasan et Eylem Zengin c. Turquie, req. n°1448/04.

CEDH, 30 avril 2009, Glor c. Suisse, req. n°13444/04.

CEDH, 23 février 2010, Ahmet Arslan et autres c. Turquie, req. n°41135/98.

CEDH, GC, 16 décembre 2010, A, B et C c. Irlande, req. n°25579/05.

CEDH, GC, 18 mars 2011, Lautsi et autres c. Italie, req. n°30814/06.

CEDH, GC, 7 juillet 2011, Bayatyan c. Arménie, req. n°23459/03.

CEDH, GC, 1er juillet 2014, S.A.S. c. France, req. n°43835/11.

CEDH, GC, 26 avril 2016, Izzetin Dogan et autres c. Turquie, req. n°62649/10.

CEDH, 11 juillet 2017, Belcacemi et Oussar c. Belgique, req. n°37798/13.

CEDH, 30 janvier 2018, Enver Şahin c. Turquie, req. n°23065/12.

7. Cour interaméricaine des droits de l'homme

CIADH, Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 31 août 2001.

CIADH, Peuple indigène Kichwa de Sarayaku c. Équateur, 27 juin 2012.

8. États-Unis d'Amérique

Plessy c. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Lochner v. New-York, 198 U.S. 45 (1905).

West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

Brown v. Board of Education of Topeka I, 347 U.S. 483 (1954).

Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962).

Abington School Dist. V. Schempp, 374 U.S. 203, 223-25 (1963).

United States v. Seeger, 380 US 163, 165 et 166 (1965).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), 8 mars 1971.

Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Larson v. Valente, 456 US 228, 244 (1982).

People v. Moua, Record of Court Proceeding, n°315972-0 (Fresno County Superior Court, 7 février 1985).

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Fisher v. University of Texas, 579 U.S. 365 (2016).

9. France

a) Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, Décision n°86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

Conseil constitutionnel, Décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977.

Conseil constitutionnel, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de la Corse.

Conseil constitutionnel, Décision n°93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.

Conseil constitutionnel, Décision n°96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi sur l'entreprise nationale France télécom.

Conseil constitutionnel, Décision n°99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

Conseil constitutionnel, Décision n°2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité.

Conseil constitutionnel, Décision n°2013-353 QPC du 18 octobre 2013.

Conseil constitutionnel, Décision n°2015-512 QPC du 8 janvier 2016.

Conseil constitutionnel, Décision n°2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté.

Conseil constitutionnel, Décision n°2017-633 QPC du 2 juin 2017, Collectivité territoriale de la Guyane.

Conseil constitutionnel, Décision n°2017-695 QPC du 29 mars 2018.

b) Conseil d'État

Conseil d'État, 19 février 1909, Abbé Olivier, n°27355.

Conseil d'État, 3 mai 1950, Dlle Jamet, n°98284.

Conseil d'État, Ass., 28 mai 1954, Barel, n°28238, n°28493, n°28524, n°30237, n°30256.

Conseil d'État, 2 novembre 1992, MM. Kherouaa et Balo, n°130394.

Conseil d'État, Ass., 21 septembre 1972, n°309354.

Conseil d'État, Ass., Avis, 27 novembre 1989, n°346893.

Conseil d'État, Ass., 14 avril 1995, Consistoire central des israélites de France, n°125148.

Conseil d'État, Ass., 14 avril 1995, Koen, n°125148.

Conseil d'État, 12 février 1997, Mlle Henry, n°125893.

Conseil d'État, Ass., Avis, 24 octobre 1997, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom, n°187122.

Conseil d'État, Avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, n°217017.

Conseil d'État, 6 avril 2001, Syndicat national des enseignements du second degré, n°219379 n°221699 n°221700.

Conseil d'État, 15 octobre 2003, Odent, n°244428.

Conseil d'État, 16 mars 2005, Ministre de l'Outre-mer c. Gouvernement de la Polynésie française, n°265560.

Conseil d'État, 27 juillet 2005, Commune de Sainte Anne, n°259806.

Conseil d'État, 15 décembre 2006, Association United Sikhs et M. Shingara Mann Singh, n°289946.

Conseil d'État, 27 juin 2008, Mme Machbour, n°286798.

Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, n°308817.

Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Commune de Trélazé, n°308544.

Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole, n°309161.

Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Mme Vayssière, n°320796.

Conseil d'État, Ass., 19 juillet 2011, Commune de Montpellier, n°313518.

Conseil d'État, 15 février 2013, Association Grande Confrérie de Saint-Martial et autres, n°347049.

Conseil d'État, 10 février 2016, n°385929.

Conseil d'État, Ord., 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres, n°s 402742, 402777.

Conseil d'État, Ass., 9 nov. 2016, Commune de Melun, n° 395122.

Conseil d'État, Ass., 9 nov. 2016, Fédération de la libre pensée de Vendée, n°395223.

Conseil d'État, 25 octobre 2017, Fédération morbihannaise de la libre pensée, n°396990.

Conseil d'État, 15 juillet 2020, n°423702.

Conseil d'État, 11 décembre 2020, n°426483.

Conseil d'État, Ord., 21 juin 2022, n°464648.

c) Cour de Cassation

Cass. civ., ch. soc., 19 mars 2013, 12-11-690, publié au Bulletin.

Cass., Ass. Plén., 25 juin 2014, 13-28.369, publié au bulletin.

Cass., ch. soc., arrêt n°2484 du 22 novembre 2017, 13-19.855, publié au bulletin.

c) Cours administratives d'appel et Tribunaux administratifs

CAA Nantes, 4 février 1999, Guillorel, n°98NT00337 ; 4 février 1999, Association Joué Langueurs et a., n°98NT00207.

TA Montreuil, 22 novembre 2011, n°1012015.

TA Grenoble, Ord. du 25 mai 2022, n°2203163.

10. Royaume-Uni

R (on the application of Hodkin and another) v Registrar General of Births, Deaths and Marriages [2013] UKSC 77.

Charity commission for England and Wales, The temple of the jedi order, Application for registration, decision of the commission, 16 December 2016.

TABLE DES MATIERES

Introduction	8
I. Présentation du sujet	8
II. La neutralité de l'État dans la littérature	13
III. Un concept, des conceptions : constat de l'ambiguïté de la neutralité et état des lieux de ses définitions	17
A. Définition générale.....	18
B. Une exigence adressée à l'État.....	19
C. L'objet de la neutralité	21
D. La mise en œuvre de la neutralité	22
E. La portée de la neutralité	23
F. Neutralité des intentions, neutralité des conséquences, neutralité des justifications.....	24
IV. Délimitation de l'objet d'étude et méthode employée.....	27
A. De la philosophie politique au droit constitutionnel : le champ épistémologique de l'étude de la neutralité de l'État	27
B. Identifier l'unité de l'objet de la recherche par l'utilisation du concept.....	29
C. Étude du droit positif.....	31
D. Proposition de redéfinition : adapter le concept aux réalités contemporaines.....	33
V. Enjeux et problématique	33
VI. Plan de la thèse	36

Partie I. Naissance et défense de l'idéal controversé de neutralité de l'État

39

Titre 1. L'idéal de neutralité de l'État en réponse imparfaite à la modernité.....

41

Chapitre 1. Les fondements nécessaires à la réflexion sur le principe de neutralité de l'État.....43

Section 1. De la souveraineté à la tolérance civile : les prémices du concept de neutralité de l'État..... 45

§1. La coexistence pacifique comme objectif de la tolérance civile 46

I. La notion de souveraineté au service de la paix civile..... 47

II. Les premières défenses de la tolérance au sens moderne : Locke et Bayle..... 52

A) La Lettre sur la tolérance de John Locke : une tolérance limitée 53

B) De la tolérance à la liberté chez Pierre Bayle 57

§2. De la tolérance civile à la neutralité de l'État : entre rupture et continuité 62

I. La neutralité de l'État, prolongement de la tolérance 63

II. Les points de rupture entre la tolérance moderne et la neutralité de l'État..... 67

Section 2. L'ancrage libéral indispensable à l'idéal de neutralité de l'État 73

§1. La primauté de l'individu et de ses droits..... 74

I. L'individualisme à l'épicentre du libéralisme..... 75

II. Le principe de limitation de l'État 78

§2. L'État et la société civile, distinction indépassable du libéralisme 81

I. L'émergence de la société civile 82

II. La séparation entre l'État et la société civile 85

Chapitre 2. Le concept de neutralité de l'État 89

Section 1. Le Juste et le Bien, cadre conceptuel de la neutralité 94

§1. Le primat du Juste sur le Bien dans la pensée libérale 94

I. La place du Juste et du Bien chez les Modernes 95

A) Définitions 95

1. Le Bien..... 96

2. Le Juste 98

B) Le primat du Juste, caractéristique de la pensée des Modernes..... 99

II. La signification du caractère prioritaire du Juste 102

A) Le sens « épistémologique » de la primauté du Juste..... 103

B) Le sens « moral » de la primauté du Juste 107

§2. Le Juste et le Bien, une distinction ambiguë indispensable au concept de neutralité de l'État..... 111

I. Une distinction essentielle à la compréhension de l'exigence de neutralité 112

A) La détermination de l'objet de la neutralité.....	112
B) La détermination de la finalité du Juste	114
II. Critiques et difficultés de la primauté du Juste	117
A) La critique libérale.....	118
B) La critique communautarienne	121
Section 2. Le choix initial en faveur de la liberté individuelle	129
§1. La liberté individuelle, valeur fondatrice des sociétés modernes	130
I. L'avènement de la liberté individuelle, méta-valeur des sociétés libérales	130
A) La révolution anthropologique	131
B) La liberté individuelle, « valeurs des valeurs » de la modernité.....	135
II. Le lien entre la liberté individuelle et la neutralité de l'État.....	138
A) La neutralité de l'État, corollaire de la liberté individuelle.....	139
B) La liberté individuelle, corollaire de la neutralité de l'État	141
§2. La liberté individuelle dans la défense républicaine de la neutralité.....	143
I. La neutralité de l'État dans le républicanisme français.....	146
II. L'apport du renouveau républicain.....	153
A) La liberté comme non-domination dans la pensée de Philip Pettit.....	154
B) La liberté par le civisme dans la pensée de Quentin Skinner	157
Titre 2. La mise en pratique de la neutralité par abstention	162
Chapitre 1. La mise en œuvre libérale de la neutralité par abstention	167
Section 1. L'État de droit, cadre de la neutralité dans les démocraties libérales contemporaines.....	169
§1. L'idéologie de la neutralité.....	169
I. Le contenu moral de l'État de droit.....	169
II. Le contenu moral de la justice sociale	176
§2. Les contours de la neutralité	179
I. La délimitation de la sphère de non-intervention.....	179
II. La pérennité du cadre de la neutralité	182
Section 2. La sphère d'application de la neutralité	189
§1. L'indétermination de la sphère du « Bien »	189
I. Les objets de la neutralité.....	189
A) La neutralité de l'État, de la religion à la morale	190

B) La neutralité de l'État au-delà de la sphère morale	194
1. L'extension de l'objet de la neutralité par le principe de non-discrimination	194
2. La neutralité économique.....	196
II. Les difficultés relatives à l'appréhension du Juste et du Bien	199
A) Les interdictions de l'État neutre : les difficultés du paternalisme étatique	200
B) L'évolution des contours de la neutralité.....	205
§ 2. La mise en œuvre de la neutralité-indifférence	208
I. L'exigence de non-intervention	209
II. L'exigence de non-discrimination	218
Chapitre 2. La laïcité ou la mise en œuvre républicaine de la neutralité par abstention	223
Section 1. La laïcité, cadre du Juste	228
§1. L'apparition de la mise en œuvre républicaine de la neutralité par abstention	229
I. Les prémices de la mise en œuvre républicaine de la neutralité de l'État	229
A) La période révolutionnaire.....	229
B) Les débuts de la III ^e République	232
II. La consécration du principe de neutralité de l'État dans la loi de 1905	235
A) La consécration implicite du principe de neutralité par la séparation des Églises et de l'État.....	236
B) Une mise en œuvre restreinte de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée	238
§2. Une mise en œuvre libérale du principe de neutralité	239
I. Le cadre libéral posé par la loi de 1905	239
A) L'esprit de la loi de 1905	239
B) La spécificité de la mise en œuvre républicaine de la neutralité de l'État.....	242
II. La constitutionnalisation du cadre libéral	245
A) Laïcité et neutralité dans les Constitutions de 1946 et 1958	245
B) La précision du lien entre neutralité et laïcité par la jurisprudence	247
Section 2. La laïcité, vision du Bien	251
§1. Les atteintes portées au cadre du Juste	255
I. La laïcité « combattante »	255
A) La méfiance à l'encontre des religions	255
B) Les atteintes portées à la neutralité des intentions	258
II. L'extension de l'exigence de neutralité	262
A) L'extension de la sphère publique	263

B) L'exigence de neutralité des personnes privées.....	266
§ 2. Le contenu substantiel de la laïcité française	269
I. L'acception croissante de la laïcité comme méta-valeur républicaine.....	269
A) La notion de vivre-ensemble	270
B) La loi confortant le respect des principes de la République	274
II. L'affaiblissement de la liberté individuelle	276
A) La laïcité comme religion civile : une atteinte à la liberté individuelle	276
B) Un socle libéral maintenu mais fragilisé.....	278

Partie II. Le renouveau de la question de la neutralité : de la neutralité-indifférence à la neutralité-reconnaissance..... 286

Titre 1. Les critiques contemporaines de la neutralité par abstention 290

Chapitre 1. L'insuffisance de la neutralité par abstention 294

Section 1. L'inadaptation de l'élément de non-intervention à la neutralité culturelle	296
§1. Les failles originelles de la neutralité : l'imposition d'une vision du Juste	296
I. L'imposition du cadre du Juste au-delà du monde occidental par la colonisation.....	297
II. Les exclus du cadre du Juste et l'imposition d'une vision du Bien.....	303
§2. La neutralité de l' <i>ethos majoritaire</i>	306
I. La figure du citoyen	306
A) La construction du citoyen : l'imposition d'une vision du Bien	308
B) Le refus des groupes au profit de la figure du citoyen.....	313
II. L'héritage culturel.....	315
Section 2. L'insuffisance de l'élément d'égalité, au cœur de la conception contemporaine de la neutralité	319
§1. L'apport de la <i>Critical Race Theory</i> dans la critique de l'insuffisance de l'élément d'égalité	322
I. L'inadaptation de la <i>Colorblindness</i> de la Constitution à la spécificité de la race	323
II. Une critique de l'insuffisance de l'égalité due à la domination blanche	327
§2. L'apport de la critique féministe dans la critique de l'insuffisance de l'élément d'égalité.....	330
I. Les <i>Gender Studies</i> : une critique du libéralisme de la neutralité.....	331
II. L'insuffisance de la neutralité-indifférence dans la garantie de l'égalité	334

Chapitre 2. De la critique de la neutralité-indifférence à la promotion de la neutralité-reconnaissance.....342

Section 1. La reconnaissance des différences comme alternative à la non-intervention de l'État dans la sphère du Bien..... 349

§1. Au fondement de la philosophie multiculturaliste : la critique de la neutralité libérale..... 351

I. La place de la culture dans la philosophie multiculturaliste 352

II. La reconnaissance des différences, une alternative à l'indifférence aux différences 355

§2. L'opposition entre le multiculturalisme libéral et le libéralisme de la neutralité 359

I. L'intervention de l'État 360

II. La figure du groupe..... 363

Section 2. La neutralité comme objectif de la reconnaissance des différences 367

§1. La compatibilité de la reconnaissance des différences avec le principe de neutralité de l'État 368

I. L'élément d'égalité inhérent au concept de neutralité de l'État renforcé par la reconnaissance des différences 368

II. La compatibilité de l'intervention de l'État avec le concept de neutralité 373

§2. Une forme spécifique de la neutralité recherchée par le multiculturalisme : la neutralité des conséquences 379

I. La neutralité des conséquences au cœur de la question des différences 380

II. La neutralité comme égalité d'opportunités, une forme contemporaine de neutralité des conséquences 383

Titre 2. Corriger l'universel : la reconnaissance des différences au service de la neutralité.....390

Chapitre 1. La mutation du principe de neutralité dans la pratique des États libéraux contemporains 393

Section 1. La mutation de la mise en œuvre du principe de neutralité : la neutralité par l'action de l'État 395

§1. L'apparition de mesures visant à pallier les failles de la neutralité par abstention 396

I. La reconnaissance du caractère biaisé de la neutralité passive 396

A) Les failles de la neutralité passive au fondement des accommodements raisonnables 396

B) Les failles de la neutralité passive au fondement de la discrimination positive 401

II. La remise en cause de l'élément de non-intervention dans la neutralité 404

A) Le renoncement à l'égalité formelle..... 404

B) Le passage de l'individu au groupe 407

§2. L'action de l'État au service de la neutralité des <i>conséquences</i> : vers une neutralité de soutien.....	409
I. La mise en place de la neutralité comme <i>égalité d'opportunités</i>	410
A) La visée correctrice des accommodements raisonnables	410
B) La visée correctrice de la discrimination positive	417
II. Les limites à la neutralité comme <i>égalité d'opportunités</i>	420
A) Les limites explicites aux mesures correctrices : le caractère « excessif »	421
B) Les limites implicites aux mesures correctrices	425
1. La place particulière des croyances et pratiques religieuses.....	425
2. La problématique des goûts onéreux	428
Section 2. La mutation de l'objet du principe de neutralité : la neutralité vis-à-vis des <i>identités</i>	432
§1. De la neutralité culturelle à la neutralité vis-à-vis des identités	432
I. L'émergence d'une neutralité culturelle	432
II. La neutralité culturelle : une protection de l'identité culturelle.....	437
§2. Le rôle de l'État dans la mutation et l'évolution de l'objet de la neutralité	444
I. Une mutation de l'objet de la neutralité déterminée par la mutation de la mise en œuvre	444
II. Le rôle de l'État dans l'extension de l'objet de la neutralité	449
A) L'extension de l'objet de la neutralité aux identités subjectives	449
B) La capacité d'auto-organisation des groupes : une limite à la neutralité vis-à-vis des identités	452
Chapitre 2. L'approfondissement du principe de neutralité de l'État	457
Section 1. La pérennité du cadre du Juste, obstacle au relativisme culturel	459
§1. Les cultures illibérales, limites à l'approfondissement de la neutralité.....	459
I. L'appréhension des cultures illibérales dans le multiculturalisme libéral	460
II. Le refus du relativisme culturel dans la pratique des États libéraux contemporains	468
§2. Le maintien du cadre du Juste, conséquence de la raison d'être de la neutralité	474
I. Une logique de justice	474
II. Une logique de pacification	480
Section 2. Vers une refondation du Juste : l'exemple du constitutionnalisme transformateur	485
§1. Une réécriture inclusive du cadre du Juste dans le constitutionnalisme transformateur	487
I. Le concept de « constitutionnalisme transformateur ».....	488
A) La Constitution, projet de société.....	488
B) Le rôle central du pouvoir constituant	491

II. La reconnaissance constitutionnelle de la pluralité et de l'hétérogénéité sociales	493
A) L'importance de la pluralité dans les constitutions latino-américaines.....	494
B) Une refondation du Juste visant un objectif de neutralité de l'État	496
§2. La refondation du Juste par-delà du paradigme libéral	500
I. Le dépassement de l'anthropocentrisme dans le constitutionnalisme éco-centrique	502
A) La reconnaissance de la nature comme sujet de droit(s)	502
B) La reconnaissance de droits bio-culturels	506
II. La persistance de l'idéal de neutralité.....	509
A) La neutralité par-delà ses distinctions fondatrices.....	510
B) Réflexions sur l'avenir du principe de neutralité de l'État	516
 Conclusion générale	 524
 Bibliographie.....	 527
I. Ouvrages.....	527
II. Articles de revue	543
III. Dossiers de revue.....	560
IV. Chapitres d'ouvrages.....	561
V. Thèses	574
VI. Documents, études et rapports.....	574
VII. Articles de presse	576
 Sources juridiques	 578
I. Dispositions constitutionnelles.....	578
1. France	578
2. Dispositions constitutionnelles étrangères.....	578
II. Conventions et déclarations internationales.....	579
III. Dispositions législatives	579
	595

1. Canada	579
2. France	579
3. Québec (Canada)	580
IV. Jurisprudence.....	581
1. Allemagne.....	581
2. Canada	581
3. Colombie	582
4. Commission européenne des droits de l'homme	582
5. Cour de justice de l'Union européenne	582
6. Cour européenne des droits de l'homme.....	582
7. Cour interaméricaine des droits de l'homme	584
8. États-Unis d'Amérique.....	584
9. France	585
a) Conseil constitutionnel	585
b) Conseil d'État.....	585
c) Cour de Cassation	587
c) Cours administratives d'appel et Tribunaux administratifs	587
10. Royaume-Uni.....	587

Table des matières	588

La neutralité de l'État en question

Résumé

Dans la philosophie politique, la neutralité de l'État est la réponse proposée à la question de la légitimité de l'action de l'État dans les sociétés pluralistes, du fait de l'absence de consensus sur les questions de la vie bonne. La définition communément acceptée est celle qui assimile l'expression de « neutralité de l'État » à l'exigence d'impartialité vis-à-vis des différentes conceptions de la vie bonne existant au sein d'une même société. L'État axiologiquement neutre n'est pas un État dénué de valeurs, mais un État assurant la coexistence pacifique de différents systèmes de valeurs. L'objectif de la recherche est d'envisager une étude globale du principe de neutralité et de ses mutations, afin d'en proposer une redéfinition plus adaptée aux exigences contemporaines. L'étude se concentre sur les paradoxes relatifs au concept de neutralité, et s'intéresse à la manière dont ceux-ci, loin de réfuter le concept, peuvent permettre au contraire de le développer et de l'enrichir. Cette interprétation dynamique de la neutralité tend à mettre en évidence son caractère évolutif, et ainsi, la thèse propose une redéfinition de la neutralité « contemporaine ».

Neutralité ; tolérance ; Juste ; Bien ; libéralisme ; républicanisme ; multiculturalisme

Résumé en anglais

In political philosophy, state neutrality is the proposed answer to the question of the legitimacy of state action in pluralistic societies due to the absence of consensus on questions of the good life. The commonly accepted definition is the one that equates the expression "neutrality of the state" to the requirement of impartiality among the different conceptions of the good life existing within the same society. An axiologically neutral state is not a state devoid of values. It is a state that ensures the peaceful coexistence of different value systems. This research offers a global study of the principle of neutrality and its mutations to adjust the concept to its contemporary particularities. The study focuses on the paradoxes proceeding from the concept of neutrality. These paradoxes, far from refuting the concept, enable its development and enrichment. This dynamic interpretation of neutrality highlights its evolutionary character. The thesis is an attempt to redefine "contemporary" neutrality.

Neutrality; tolerance; Right; Good; liberalism; republicanism; multiculturalism