



HAL
open science

Ordre public et laïcité

Camille Dolmaire

► **To cite this version:**

Camille Dolmaire. Ordre public et laïcité. Droit. Université de Limoges, 2022. Français. NNT : 2022LIMO0085 . tel-03900275

HAL Id: tel-03900275

<https://theses.hal.science/tel-03900275>

Submitted on 15 Dec 2022

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

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

Thèse pour obtenir le grade de Docteur en droit public
Présentée et soutenue le 2 décembre 2022 par Camille Dolmaire

ORDRE PUBLIC ET LAÏCITE

Thèse dirigée par Jean Morange, Professeur émérite de droit public à l'Université de Limoges et Virginie Saint-James, MCF HDR en droit public à l'Université de Limoges.

JURY :

Président du jury :

Patrick Charlot, Professeur de droit public à l'Université de Bourgogne

Rapporteurs

Gwénaèle Calvès, Professeure de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise.

Vincent Valentin, Professeur de droit public à l'Institut d'études politiques de Rennes.

REMERCIEMENTS

J'adresse des remerciements particuliers à mes directeurs de thèse, Madame Virginie Saint-James et Monsieur Jean Morange, qui m'ont fait l'honneur de diriger ce travail. Sans leur patience, leur disponibilité, et leurs précieux conseils, rien n'aurait été possible.

Je remercie l'ensemble des enseignants avec qui j'ai eu la chance et l'honneur de travailler dans le cadre de mes activités scientifiques ou pédagogiques ainsi que l'ensemble des personnels administratifs et techniques de la Faculté pour leur aide et leur gentillesse.

Aux « anciens » doctorants, Marie, Sophie, Laurent, David, Baptiste, ainsi qu'à mes camarades de la « SDD » et des pauses repas en salle RERDH : Cécile, Marion, Anaïs, Yann, Sam, Romain,... Merci pour votre écoute, vos conseils, votre bienveillance et, par-dessus tout, votre amitié.

Yoann, Maman, Papa, Fanny, Manon, Catherine, Marine, Rémi, Florence, Thomas, Quentin, Houssein, Aurélien, Sylvestre, je n'ai pas de mots à la hauteur des remerciements que vous méritez et je préfère laisser un autre vous dire mieux que moi combien *à cause de vous, mon courage est un sapin toujours vert.*

Droits d'auteurs

Cette création est mise à disposition selon le Contrat :

« **Attribution-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de modification 3.0 France** »

disponible en ligne : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>



PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJCT	Actualité juridique des collectivités territoriales
AJ Fam.	Actualité juridique famille
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJFP	Actualité juridique fonction publique
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Art.	Article
BOEN	Bulletin officiel de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'État
CE ass.	Conseil d'État, assemblée
CE int.	Conseil d'État, section de l'intérieur
CE sect.	Conseil d'État, section
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
Chron.	Chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
Coll.	Collection
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPP	Code de procédure pénale
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
CSI	Code de la sécurité intérieure
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
Dir.	Direction
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
Droits	Revue droits
Éd.	Édition
<i>Et al.</i>	Et autres auteurs
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HCI	Haut conseil à l'intégration

<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP A	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition administrations et collectivités territoriales
JCP G	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
JOAN	Journal officiel, édition débats, Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française
JO Sénat	Journal officiel, édition débats, Sénat
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
OVC	Objectif de valeur constitutionnelle
p.	Page(s)
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PUF	Presses universitaires de France
Pulim	Presses universitaires de Limoges
RDC	Revue des contrats
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil Lebon
Rec. tab.	Mentionné aux tables du Recueil Lebon
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques

RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
s.	Suivants
S.	Recueil Sirey
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
Vol.	Volume

SOMMAIRE

<u>REMERCIEMENTS</u>	<u>3</u>
<u>PRINCIPALES ABREVIATIONS</u>	<u>5</u>
<u>SOMMAIRE</u>	<u>9</u>
<u>INTRODUCTION</u>	<u>11</u>
<u>PREMIERE PARTIE. LA DISTINCTION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE</u>	<u>35</u>
TITRE PREMIER. DES NOTIONS DIFFERENTES _____	39
CHAPITRE I. LA FONCTION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE _____	41
CHAPITRE II. LE CONTENU DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE _____	89
CONCLUSION DU TITRE _____	166
TITRE SECOND. DES NOTIONS CONCURRENTES _____	170
CHAPITRE I. LE CHAMP D'APPLICATION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE _____	172
CHAPITRE II. LA FORCE NORMATIVE DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE _____	240
CONCLUSION DU TITRE _____	296
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE _____	298
<u>SECONDE PARTIE L'ATTRACTION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE</u>	<u>302</u>

TITRE PREMIER. LA CONVERGENCE TELEOLOGIQUE DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE	306
CHAPITRE I LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES	310
CHAPITRE II LA DEFENSE DES VALEURS DE LA REPUBLIQUE	360
CONCLUSION DU TITRE	441
TITRE SECOND. L'INSPIRATION RECIPROQUE DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE	445
CHAPITRE I. LA LAÏCITE NEUTRALISE L'ORDRE PUBLIC	449
CHAPITRE II. L'ORDRE PUBLIC REFLETE LA « LAÏCITE REPUBLICAINE »	515
CONCLUSION DU TITRE	602
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	606
CONCLUSION GENERALE	608
BIBLIOGRAPHIE	618
TABLE DE JURISPRUDENCE	659
INDEX THEMATIQUE	671
TABLE DES MATIERES	676

INTRODUCTION

1. « *Un rocher, il nous faut un rocher* »¹ indiquait Jean Carbonnier à propos de l'ordre public. De la laïcité Jacques Chirac a pu dire qu'elle était la « *pierre angulaire de la République* »². Cette analogie métaphorique entre les notions d'ordre public et de laïcité dit que semble s'y loger quelque chose de salutaire : quand elles ne sauvent pas des tempêtes elles assurent que l'ouvrage ne s'écroule pas.
2. **Fondamentalité.** Juridiquement, ce caractère salutaire se manifeste d'abord par la norme fondamentale dont le contenu doit pouvoir placer hors des aléas les règles les plus importantes, celles qui sont, en un sens, nécessaires à la pérennité de l'ordre juridique. Cette valeur fondamentale a été attribuée à l'une et l'autre des notions d'ordre public et de laïcité. En plus d'être inscrit dans certains articles de la Constitution française³, l'ordre public est un objectif de valeur

¹ J. CARBONNIER, « Exorde », in B. BEIGNIER, T. REVET, *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris : Dalloz, 1996, p. 1.

² J. CHIRAC, Discours au Palais de l'Élysée », 17 décembre 2003.

³ Art. 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et art. 73 de la Constitution du 4 octobre 1958.

constitutionnelle (OVC)⁴, et il s'agit même chronologiquement du premier OVC consacré. En tant que tel, il se rapproche plus du phare qui guide le navire que du rocher qui sauve les marins échoués, mais les éléments de définition de la notion seront à même de confirmer la remarque du Doyen Carbonnier : à bien des égards, l'ordre public est une notion qui assure la survie de l'ordre juridique.

3. La laïcité bénéficie depuis 1946 d'un même honneur. Inscrite à l'article 1^{er} de la Constitution française, elle est un attribut de la République au même titre que son indivisibilité, son caractère démocratique et son caractère social. Sa portée constitutionnelle a été confirmée par l'interprétation que le Conseil constitutionnel a pu faire de cet article⁵. Interroger l'ordre public et la laïcité revient alors à interroger deux notions fondamentales au sens juridique. Cette fundamentalité n'est pas seulement juridique concernant la seconde. Comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, la loi de 1905, qui constitue le relai législatif principal de la laïcité, a acquis une valeur symbolique extrêmement forte. Le Professeur Jean Morange faisait le constat en 2005 que la loi de séparation des églises et de l'État était « *devenue un mythe, une référence majeure, symbole juridique de la laïcité à la française, alors même que son contenu et sa portée sont*

⁴ Cons. const., 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

⁵ Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* ; Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* ; Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane* ; Cons. const., 22 juillet 2022, n° 2022-1004, *Union des associations diocésaines de France et autres*.

relativement peu connus y compris de nombreux juristes »⁶. Gilles Guglielmi considère dans le même sens que « *la loi de 1905 semble également être un tabou, c'est-à-dire un phénomène d'ordre religieux ou magique, qui repose sur la croyance en une puissance du sacré. Approcher de trop près de cette loi, notamment pour la modifier, pourrait déclencher un avertissement terrifiant des forces qu'elle subsume, et sa transgression ou sa réfection causer un châtement redoutable* »⁷. Plus globalement la notion de laïcité apparaît pour certains comme « *un mythe fondateur de la République, constitutif de la forme républicaine du gouvernement, un élément de l'identité constitutionnelle de la France qui devrait être hors de toute atteinte* »⁸. Ce constat paraît confirmé par des études d'opinion. La dernière ayant été commandée par l'Observatoire de la laïcité montre que 18% des personnes interrogées pensent que la laïcité fait partie de l'identité de la France et 72% qu'elle est un principe républicain essentiel⁹.

4. **Mutations.** Granitiques, les notions d'ordre public et de laïcité sont solides mais n'échappent pas à l'influence des éléments extérieurs : elles se polissent, s'érodent, se fissurent voire se transforment. Ces dernières décennies, le développement d'un ordre public appelé « immatériel » a largement contribué à relancer la recherche autour de celle-ci. C'est d'ailleurs à

⁶ J. MORANGE ? « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *RFDA*, 2005, p. 153.

⁷ G. GUGLIELMI, « La laïcité, le totem de la République ? Une lecture approfondie de la loi de 1905 » in J. COSTA-LASCOUX, L. KAPELA, (dir.), *Colloque de Poissy 2011 : Au cœur de la laïcité : dialogue et tolérance*, acte des 10 et 11 septembre 2011, *Mare&Martin*, 2012.

⁸ J. MORANGE, « Le mystère de la laïcité française », *RDP*, 2013, n° 3, p. 507.

⁹ Viavoice, janvier 2021, étude d'opinion réalisée par Viavoice pour l'Observatoire de la laïcité, *État des lieux de la laïcité en France*, p. 12.

partir de la fin du XX^{ème} siècle que des colloques et ouvrages collectifs consacrés à la notion d'ordre public ont été publiés. Ils sont l'occasion de questionner à nouveau les contours d'une notion que l'on pensait stabilisée. L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public en 2010¹⁰ est l'occasion d'enrichir la notion d'une nouvelle composante : « les exigences minimales de la vie en société ». Le Conseil d'État dans son étude sur les possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral a souligné le bouleversement induit par une interdiction générale fondée sur cette exigence inédite : « *Le Conseil d'État ne peut donc recommander un changement aussi profond de notre ordre normatif, dont les contours sont difficiles à cerner par avance au regard de l'ensemble de ses applications potentielles* »¹¹. Ces mutations révèlent l'évolutivité de la notion face à l'émergence de préoccupations ou phénomènes nouveaux. En termes de préoccupations et de phénomènes nouveaux, c'est pourtant une exigence très classique de l'ordre public qui paraît avoir été plus qu'aucune autre bousculée au cours des dernières décennies : celle de sécurité publique. Le développement des actes de terrorisme dans le monde et sur le territoire français a été générateur d'un mouvement normatif important. Les lois sécuritaires s'enchaînent incessamment, l'état d'urgence sécuritaire prévu par la loi de 1955 a fait l'objet d'une utilisation inédite par sa durée¹² et d'une rénovation à cette

¹⁰ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

¹¹ CE, 25 mars 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, p. 28.

¹² Du 14 novembre 2015 au 1^{er} novembre 2017.

occasion¹³. Les mutations de la laïcité semblent également avoir connu une certaine accélération ces dernières décennies. La notion connaît des bouleversements notables. Le présent travail de recherche a débuté juste après le dénouement de l'affaire Baby-loup¹⁴, quelques années après d'autres questionnements, comme ceux suscités par les parents accompagnant les sorties scolaires¹⁵ ou la promulgation de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public¹⁶. Cette dernière succédait la promulgation, six ans auparavant, de la loi interdisant le port des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse au sein des établissements publics d'enseignement primaires et secondaires¹⁷. A ces éléments devaient s'ajouter au fil du travail les affaires relatives au burkini¹⁸, l'incessant questionnement

¹³ Les différentes lois ayant prorogé l'état d'urgence à partir de 2015 ont successivement apporté des modifications au dispositif. La première fut la loi du 20 novembre 2015, n° 2015-1501.

¹⁴ Dont l'ultime étape fut l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 juin 2014, n° 13-28.369.

¹⁵ Voir : TA Montreuil, 22 novembre 2011, n°1012015, *Mme Sylvie Osman* ; CE, 19 décembre 2013, Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013 ; TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386, *Mme D.* L'affaire un peu plus récente s'étant déroulée devant la CAA de Lyon apporte des éléments nouveaux de réflexion : 23 juillet 2019, n° 17LY04351.

¹⁶ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

¹⁷ Loi du 15 mars 2004, n° 2004-228, *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*.

¹⁸ Voir : CE, 26 août 2016, n° 402742 et 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France* ; CAA Marseille, 3 juillet 2017, n°17MA01337, *AJDA*, 2017, p. 1360. La possibilité d'autoriser le port de ce vêtement de baignade dans des piscines municipales a également été la première utilisation du « déféré-laïcité » : TA de Grenoble, ord., 25 mai 2022, n° 2203163 ; CE, ord., 21 juin 2022, n° 464648.

autour de l'extension de l'interdiction du port des signes religieux manifestant ostensiblement une appartenance religieuse aux usagers de l'enseignement supérieur, l'extension de l'obligation de neutralité à certains métiers du secteur privé, de la légalité de l'installation de symboles religieux dans l'espace public, de la lutte contre le terrorisme, devenue lutte contre la radicalisation religieuse, puis lutte contre les « séparatismes »¹⁹. Ces phénomènes justifient que la notion de laïcité soit à nouveau questionnée. Ainsi que le souligne Suzel Ramaciotti, « *il existe désormais trop de poussées contrariant la notion classique de laïcité, et lutter contre leur existence pour revenir à son « vrai sens » équivaut à prêcher dans le désert* »²⁰.

5. **Confluences.** Les aspects qui viennent d'être évoqués mêlent de manière distincte et parfois confuse les notions d'ordre public et de laïcité. Les questions qui se posent aujourd'hui concernant l'exercice de la liberté de conscience et de culte emportent en effet tout à la fois des conséquences sur la laïcité et sur l'ordre public, qu'elles soient théoriques ou concrètes. Faut-il financer de nouveaux lieux de cultes pour les fidèles musulmans afin que certains ne risquent pas de perturber la circulation et la tranquillité publique en priant dans la rue ?²¹ Dans quelle mesure la République peut-elle faciliter la construction de lieux de culte sans méconnaître l'exigence de non-subventionnement des cultes ? La neutralité de l'État est-

¹⁹ E. MACRON, discours aux Mureaux, 2 octobre 2020.

²⁰ S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022, p. 8.

²¹ R. LETTERON évoque la condamnation pour méconnaissance du régime déclaratif des organisateurs des trente-quatre prières de rue organisées à Clichy pour protester contre la fermeture de la mosquée en 2017 par le Tribunal correctionnel de Nanterre : « Police des manifestations et rassemblements », *Répertoire de police administrative*, janvier 2021, § 12.

elle méconnue si une collectivité accepte d'autoriser le port de tenues à connotation religieuse dans les piscines municipales ? De telles tenues sont-elles compatibles avec la salubrité et la décence lors des baignades ? Faut-il réaffirmer ou durcir certains aspects de la laïcité pour lutter contre la radicalisation islamique ?²² Comment assurer la sécurité publique face à la menace terroriste ? Plus concrètement, certaines des mutations de la laïcité ou de l'ordre public paraissent entretenir une réelle confusion entre elles. La question de la laïcité scolaire a été la réponse apportée à des troubles au sein des établissements scolaires. L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public est fondée sur l'ordre public, mais génère selon certains auteurs des mutations de la notion juridique de laïcité²³. La question de la crèche Baby-loup a fait surgir l'idée que la laïcité pouvait être nécessaire au bon fonctionnement d'entreprises privées²⁴.

6. L'évocation de ces différentes zones de confluence des notions, présentées pêle-mêle, entretient évidemment la

²² C'est ainsi par la réaffirmation, entre-autre, de la laïcité, que la loi du 24 août 2021 *confortant le respect des principes de la République* ambitionne de lutter contre la radicalisation religieuse.

²³ F. DIEU, « Laïcité et espace public », RDP, 2013, n° 3, p. 566 : selon lui la laïcité serait en passe « de devenir une « valeur » et non plus seulement un mode d'organisation des rapports entre l'État et les religions ».

²⁴ Le législateur a consacré cette possibilité avec la loi du 8 août 2016, n° 2016-1088, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* qui ajoute au Code du travail un art. L. 1321-2-1 aux termes duquel « *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* ».

confusion quant à leurs contours juridiques respectifs. Elles semblent indiquer qu'une réflexion est nécessaire et possible autour des notions d'ordre public et de laïcité. Celle-ci se justifie effectivement par l'état des connaissances relatives aux notions d'ordre public et de laïcité (I). Si l'intérêt de l'étude apparaît alors avec une certaine évidence, la mise en relation de ces deux objets d'étude l'est moins et commande d'éclairer les choix méthodologiques effectués pour bâtir le raisonnement (II).

I. L'ÉTAT DES CONNAISSANCES

7. **État de l'art.** « *Tout a été dit cent fois, et beaucoup mieux que par moi* ». La vanité du poète exprimée dans les vers de Boris Vian pourrait bien être celle ressentie par le chercheur qui choisit pour objets d'étude la laïcité et l'ordre public. En effet, la somme des connaissances relatives à chacun d'eux paraît infinie. Jamais un lecteur avide de lectures sur la laïcité ou sur l'ordre public ne devrait rester sur sa faim, jamais même il ne devrait avoir à fournir un effort important pour satisfaire son besoin, tant les sources abondent. Les notions ont fait l'objet de très nombreux développements. Mais certaines spécificités propres à chacune dans le traitement qui en a déjà été fait doivent être remarquées. Par ailleurs, si des pistes de réflexion mêlant les deux notions ont déjà été envisagées, elles restent limitées et ne font l'objet d'aucune étude d'ampleur. Ainsi, dans un premier temps il s'agira de présenter les recherches propres à chaque notion. Le nombre d'écrits étant infini, il s'agira d'insister en priorité sur les études les plus approfondies que sont les thèses et ouvrages consacrés à l'une ou l'autre des notions.

8. La notion d'ordre public a fait l'objet de nombreuses thèses à la fois anciennes et récentes. Certaines de ces thèses anciennes sont désormais considérées comme des classiques, elles font référence et sont fréquemment citées par la doctrine, ce qui manifeste leur intemporalité : la thèse de Pierre-Henri Teitgen sur l'ordre public et les pouvoirs de police du maire²⁵, celle de Philippe Malaurie sur les contrats contraires à l'ordre public²⁶, celle de Paul Lagarde sur l'ordre public en droit international privé²⁷, celle de Paul Bernard sur l'ordre public en droit administratif²⁸. La particularité de ces travaux anciens est qu'ils sont des travaux sectoriels. Toutefois, le cloisonnement apparent des disciplines qui en ressort ne doit pas masquer la réelle convergence définitionnelle et l'effort holistique des auteurs pour approcher la notion. C'est un peu plus tardivement que des thèses n'ayant pas vocation à être limitées à un domaine juridique particulier seront rédigées. La première et probablement la plus transversale et exhaustive est celle de Marie-Caroline Vincent-Legoux sur l'ordre public en droit comparé interne publiée en 2001²⁹. D'autres thèses se voulant transversales, néanmoins plus restreintes quant à leur champ, suivront à partir des années 2000 : celle de Pauline Gervier sur la limitation des droits fondamentaux

²⁵ P.-H. TEITGEN, *La police municipale, l'ordre public et les pouvoirs du maire*, Sirey, 1934.

²⁶ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953.

²⁷ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.

²⁸ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962.

²⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, 2001.

constitutionnels par l'ordre public³⁰ qui produit néanmoins une réflexion très transversale sur l'ordre public ; celle de Camille Drouiller qui, portant sur l'ordre public et les droits fondamentaux en droit privé interne, propose également une approche très globale de la notion³¹. Il en va de même de la thèse de Marie-Odile Peyroux-Sissoko sur l'ordre public immatériel qui s'attache à conceptualiser ce pan particulier³². La notion fait à nouveau l'objet, depuis le début des années 2000, de thèses sectorielles, comme celle de Nadège Meyer sur l'ordre public en droit du travail³³ ou celle de Frédérique Niboyet sur l'ordre public matrimonial³⁴. Il apparaît ainsi -et n'ont été cités que les travaux directement dédiés à la notion, mais elle a été également développée dans des thèses portant sur d'autres domaines³⁵- que la notion suscite un intérêt scientifique sans cesse renouvelé et ce alors qu'elle ne fait pas l'objet de controverses majeures quant à sa définition.

L'ordre public est par ailleurs l'objet de nombreux ouvrages collectifs, particulièrement à partir de la deuxième moitié des années 1990. Ils sont l'occasion de compiler des points de vue

³⁰ P. GERVIER, *Limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Lextenso, 2002.

³¹ C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021 : la thèse n'étant publiée que tardivement dans le processus de rédaction ici mené, les passages cités ci-après dans ce travail renverront à la version dactylographiée qui a été très gentiment transmise par son auteure.

³² M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018.

³³ N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, 2006.

³⁴ F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008.

³⁵ Voir par exemple : E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984.

juridiques des tous les horizons³⁶. Ils confirment l'intérêt d'une approche transversale de l'ordre public.

9. Le panorama des travaux concernant la laïcité se distinguera en plusieurs points de celui qui a porté sur l'ordre public. En effet, les thèses consacrées à la laïcité sont plus rares, particulièrement dans la période récente. Une recherche sur la base de données des thèses permet de voir que parmi les thèses soutenues sur la laïcité depuis la fin des années 1990, beaucoup sont des thèses de droit comparé, voire de droit étranger³⁷. Celles-ci n'ont pas directement pour objet une étude approfondie de la laïcité française. D'autres sont plus directement axées sur la notion. Beaucoup des thèses soutenues ces dernières décennies n'ont pas été publiées et

³⁶ B. BEIGNIER, T. REVET, (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996 ; M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 2001 ; Association Henri Capitant, *L'ordre public : journées libanaises*, LGDJ, n°49, 2001.

³⁷ Par exemple : A.-S MILARD LAFFITTE, *Le droit des couples à l'aune des rapports églises-État, Une étude comparative des systèmes juridiques anglais, français et italien*, Université Paris 1, 2021, thèse dactylographiée disponible en ligne sur these.fr ; N. NEGHLI, *Islam, laïcité, démocratie et libertés publiques dans les pays du Maghreb : considérations sur les singularités algérienne, marocaine et tunisienne*, Université du Havre, 2021, non-publiée et non accessible en ligne ; A. DURGUN, *Les principes fondateurs de l'ordre constitutionnel turc : la laïcité et le nationalisme de la fin de l'Empire ottoman à nos jours*, Université de Strasbourg, 2015, non-publiée et non accessible en ligne ; Y. AKTANT, *La laïcité : le pilier de l'identité républicaine turque*, 2014, thèse disponible en ligne sur these.fr, l'auteur a par ailleurs publié un ouvrage qui semble tirée de sa thèse : *La laïcité en Turquie, pilier de l'identité républicaine*, L'Harmattan, 2018 ; L. TOSCANO, *La « laïcité française » et la laïcité « à l'italienne » : Comparaison de deux réalités*, Université Paris 1, 2011, non-publiée et non accessible en ligne.

sont donc difficilement accessibles³⁸. L'une des plus récentes thèses publiées est celle de Clément Bénelbaz, mais elle a tout de même été soutenue en 2009 et été publiée en 2011³⁹. Une thèse très récente, de Suzel Ramaciotti, intitulée « Laïcité et droit privé » a été soutenue en 2021 et publiée en 2022⁴⁰. Sa consultation dans le cadre de ce travail n'a ainsi pu être que très tardive. En toute hypothèse son champ disciplinaire est original et centré sur les rapports de droit privé. Il ressort de ces observations que depuis 2000, deux thèses seulement consacrées à la laïcité ont été publiées, l'une dédiée au droit public, l'autre dédiée au droit privé. Les autres travaux réalisés sont soit accessibles uniquement en consultation dans la bibliothèque universitaire de l'établissement de soutenance,

³⁸ Une thèse rédigée par Richard Speranza intitulée *La conception française de la laïcité : permanences et perspectives* soutenue en 2006 à l'Université d'Aix Marseille 3 est référencée sur these.fr. Elle n'est toutefois ni publiée, ni disponible en ligne, ni proposée en prêt entre bibliothèque. Sa consultation n'a par conséquent pas été possible pour ce travail. Une thèse soutenue en 2005 à l'Université de Perpignan par Sandra Cognet est intitulée *Laïcité et services publics : l'intrusion du religieux venu d'ailleurs*. Elle n'a fait l'objet d'aucune publication, seule la version de soutenance est accessible en prêt entre bibliothèque. Une thèse soutenue en 2003 à l'Université Paris 11 par Alessandro Ferrari est intitulée *Parcours de la laïcité française : une perspective historico-juridique*. Elle n'est ni publiée, ni disponible en ligne, ni proposée en prêt entre bibliothèque. Il en va de même de la thèse de Marie-Dominique Charlier soutenue en 2001 à l'Université de Toulouse 1 et intitulée *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, de celle de Karine Elzam soutenue également en 2001 à l'Université Paris 1 et intitulée *Principe de laïcité et enseignement public en France*, de celle de Frédérique de La Morena soutenue en 2000 à l'Université Toulouse 1 et intitulée *Recherche sur le principe de laïcité en droit français*. Celle de Maud Fouquet-Armand soutenue en 2000 à l'Université de Caen et intitulée *Laïcité et conflit de normes* est accessible dans sa version de soutenance en prêt entre bibliothèque.

³⁹ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011.

⁴⁰ S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022.

soit accessibles en prêt entre bibliothèque. Si l'on inclut dans ce panorama la notion connexe de « séparation des églises et de l'État », la thèse la plus récente et accessible -en ligne- est celle de Jean-François Amedro, soutenue en 2011, intitulée « Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République »⁴¹. Elle offre des perspectives historiques sur la laïcité dans la période de la III^e République et avant d'une très grande richesse. La thèse de Thierry Rambaud, publiée en 2004, offre une perspective de droit comparé entre l'Allemagne et la France concernant la séparation des cultes et de l'État⁴². Des thèses ne portant pas directement sur la laïcité ou la séparation des églises et de l'État apportent des éléments de réflexion substantiels sur la notion, comme la thèse d'Elsa Forey publiée en 2007 sur les rapports entre l'État et les institutions religieuses⁴³ ou celle de Nicolas Guillet publiée en 2003 sur les mouvements à caractère sectaire⁴⁴. Il ressort de tout ceci que les recherches doctorales dédiées à la laïcité sont assez manifestement moins nombreuses que celles dédiées à l'ordre public.

Au-delà des thèses, la littérature scientifique sur la laïcité revêt certaines particularités. Les ouvrages de juristes, individuels⁴⁵

⁴¹ J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République*, thèse soutenue le 27 janvier 2011, non publiée.

⁴² T. RAMBAUD, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé, analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004,

⁴³ E. FOREY, *État et institutions religieuses*, PUF, 2007.

⁴⁴ N. GUILLET, *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, LGDJ, 2003.

⁴⁵ M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Ellipses, 2016 ; G. CALVÈS, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, PUF, 2018 ; G. CALVÈS, *La laïcité*, La Découverte, 2022.

ou collectifs⁴⁶, consacrés à la notion directement ne sont pas très nombreux mais ils traduisent la nécessité persistante qu'il y a à l'aborder dans son ensemble et pas seulement à traiter de ses évolutions spécifiques par des travaux isolés. On la retrouve aussi plus indirectement dans des ouvrages collectifs consacrés à la liberté de religion⁴⁷. L'une des particularités évidentes du traitement scientifique de la laïcité par rapport à celui de l'ordre public est qu'elle est largement investie par les autres sciences humaines et sociales. De très nombreux ouvrages collectifs ou individuels sont consacrés à la notion, dirigés ou rédigés par des sociologues, des historiens, des philosophes, des politologues⁴⁸. Parmi les plus consultés dans ce travail⁴⁹ se trouvent les sociologues Jean Baubérot⁵⁰,

⁴⁶ A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, PUF, 1960 ; R. SEVE (dir.), *La laïcité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 48, 2005 ; P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, PUF, « Hors collection », 2007 ; M. CERF, M. HORWITZ (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, Colin, 2011 ; B. ESTEVE-BELLEBEAU, M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Laïcité(s) et discrimination(s)*, L'Harmattan, 2017.

⁴⁷ F. TERRÉ, (dir.), *Droit et religion*, Sirey, Archives de philosophie du droit, T. 38, 1993 ; H. PAULIAT (dir.), *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Pulim, 2006 ; H. FLAVIER, J.-P. MOISSET, (dir.), *L'Europe des religions*, Pedone, 2013.

⁴⁸ Voir notamment : J. BAUBÉROT, M. MILOT, (dir.), *Laïcités sans frontières*, Seuil, 2011 ; J. BAUBÉROT, M. MILOT, P. PORTIER (dir.), *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis (Afrique, Amériques, Europe, Japon, Pays arabes)*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015.

⁴⁹ Seront sourcés ci-après seulement les ouvrages rédigés par les auteurs cités utilisés dans ce travail et non les articles ou contributions à des ouvrages collectifs, qui figurent quoiqu'il en soit en bibliographie.

⁵⁰ J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, 5e éd., PUF, Que sais-je ?, 2010 ; J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, PUF, Que sais-je ?, 2010 ; J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2014 ; J. BAUBÉROT, *Les sept laïcités françaises*, Maison des sciences de l'Homme, 2015.

Micheline Millot, Jean-Paul Willaime, Michel Wieviorka et David Koussens⁵¹, qui cumule une formation de juriste et de sociologue. Le politologue Philippe Portier, le philosophe Guy Haarscher⁵² et les historiennes Jacqueline Lalouette⁵³ et Valentine Zuber⁵⁴ ont également par leurs écrits largement participé de la réflexion ici menée. Il est enfin remarquable, même s'ils n'ont pas réellement été utilisés pour le présent travail, de souligner que la laïcité fait l'objet de nombreux ouvrages de personnalités politiques⁵⁵. Leur évocation ne sert qu'à appuyer le constat selon lequel la laïcité est une notion qui dépasse assez largement le domaine juridique. Elle est très investie idéologiquement, et une partie des développements s'attachera à démontrer que ce phénomène n'est pas indifférent à l'égard de la matière juridique ; et très investie par les sciences sociales de manière générale. Il est possible de constater que ces dernières ont été plus prolifiques que la science juridique ces dernières années concernant particulièrement les ouvrages consacrés à la laïcité. Ce panorama scientifique met ainsi en évidence une réelle profusion scientifique autour de la laïcité dont l'intérêt scientifique ne ternit pas à l'exception des travaux doctoraux en droit. Ce décalage peut s'analyser comme un certain embarras à l'idée d'investir la notion dans le cadre d'une thèse

⁵¹ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruylant, 2015.

⁵² G. HAARSCHER, *La laïcité*, 5^{ème} éd., PUF, Que sais-je ?, 2011.

⁵³ J. LALOUEPTE, *La Libre-pensée en France : 1848-1940*, Albin Michel, 2001 ; J. LALOUEPTE, *L'État et les cultes : 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005 ; J. LALOUEPTE, *Histoire de l'anticléricalisme en France*, PUF, 2020.

⁵⁴ V. ZUBER, *La laïcité en débat : au-delà des idées reçues*, Le cavalier bleu, 2017.

⁵⁵ Voir par exemple : N. SARKOZY, *La République, les religions, l'espérance*, Pocket, 2005. M. SCHIAPPA, J. PELLETIER, *Laïcité, point !*, L'aube, 2018 ; V. PEILLON, *Une théologie laïque ?*, PUF, 2021.

en raison de son caractère polémique ou bien comme l'expression de l'utilité limitée d'une réflexion de grande ampleur sur la laïcité du point de vue juridique.

10. Les réflexions autour de l'ordre public et de la laïcité, autres que fortuites, sont relativement rares. Il n'y a pas de thèse qui dédie une réflexion à cela. La thèse de Marie-Odile Peyroux-Sissoko sur l'ordre public immatériel y consacre en revanche un passage de quelques pages⁵⁶. L'ouvrage de Stéphanie Henette-Vauchez et Vincent Valentin⁵⁷ pose quelques questions quant aux rapports entre les deux notions. En dehors de cela, ce sont surtout des articles ou contributions à des colloques ou ouvrages collectifs qui proposent des réflexions autour des deux notions⁵⁸. Il y a ainsi matériellement un champ qui est ouvert pour une réflexion mêlant les deux notions. Le constat se confirme d'autant plus que l'une et l'autre conservent une part d'incertitude.
11. **Des difficultés définitionnelles persistantes.** En dépit du fait que les notions d'ordre public et de laïcité aient largement été traitées, leurs définitions laissent paraître un certain nombre d'incertitudes et de controverses persistantes.

La notion de laïcité est de toute évidence assez mystérieuse : personne n'est d'accord sur ce qu'elle désigne. Plus un objet est étudié, plus il devrait être clair et compris de tous.

⁵⁶ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018, p. 346 s.

⁵⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. VALENTIN, *L'affaire Baby-Loup ou la Nouvelle laïcité*, LGDJ, 2014.

⁵⁸ Voir par exemple : F. DIEU, « Laïcité et espace public », *RDP*, 2013, n° 3, p. 566.

Paradoxalement la laïcité suit plutôt un mouvement inverse. Ainsi que le souligne Gwénaèle Calvès, « *le sens de ce mot apparaît de plus en plus flou, instable, et – surtout – polémique* »⁵⁹. Ce constat est appuyé par les sondages commandés par l’Observatoire de la laïcité sur la perception de la laïcité en France qui confirment que certains aspects juridiques de la notion sont mal, voire très mal compris⁶⁰. Par exemple, une courte majorité des personnes interrogées en 2021 pense que les manifestations religieuses dans la rue peuvent être autorisées. Seulement 29% des personnes interrogées savent que la neutralité ne s’impose pas dans les entreprises privées. 35% répondent que l’interdiction de la dissimulation du visage dans l’espace public n’est pas fondée sur la laïcité. 40% répondent qu’à l’Université les étudiants peuvent porter des signes religieux. Ce défaut de connaissance d’un principe pourtant considéré comme étant essentiel n’est pas particulièrement surprenant. Le panorama des écrits sur la laïcité a montré qu’il s’agissait d’une notion transdisciplinaire, ce qui implique des différences notables d’appréhension de la notion qui peuvent entretenir une certaine confusion à l’égard d’un public mal averti. Au sein même de la doctrine juridique le terme n’est pas toujours utilisé pour désigner les mêmes choses. Aborder la laïcité, revient inévitablement à se heurter au problème de la délimitation de l’objet d’étude avant même de se heurter à celui de sa définition. Aujourd’hui encore, on peut souligner comme l’a fait Jean Rivero que « *la contradiction n’est pas seulement celle, normale, qui oppose les esprits pour ou contre une notion claire ; elle porte sur le contenu même de*

⁵⁹ G. CALVÈS, *La laïcité*, La Découverte, 2022.

⁶⁰ Viavoice, janvier 2021, étude d’opinion réalisée par Viavoice pour l’Observatoire de la laïcité, *État des lieux de la laïcité en France*, p. 8 s.

la notion, et le sens du mot »⁶¹. Derrière le mot se trouvent des contenus très restrictifs ou très extensifs selon que l'auteur utilise le terme laïcité pour désigner la séparation entre l'État et les cultes et/ou le principe de neutralité⁶², l'entière du régime juridique de la liberté de culte⁶³, comme un principe qui inspire l'ensemble des institutions publiques⁶⁴, voire comme une doctrine philosophique⁶⁵. Si l'on ajoute à ces divergences scientifiques les évocations politiques et médiatiques de la notion, qui sont plus ouvertes que les discours scientifiques aux aspects polémiques et aux manipulations idéologiques, on comprend aisément que la

⁶¹ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, chronique. XXXIII, p. 137.

⁶² *Ibid.*, selon Jean Rivero laïcité ne pouvait revêtir qu'« *un seul et même sens, celui de la neutralité religieuse de l'État* » ; H. LECLERC, « Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression ». *Légicom*, n° 55, février 2015, p. 43 : « *la laïcité, c'est l'affirmation concrète de la liberté de conscience et de la neutralité de l'État. Et rien d'autre* ».

⁶³ Voir notamment l'ouvrage de M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Ellipses, 2016 : elle présente la laïcité comme étant composée de trois éléments constitutifs : séparation des églises et de l'État, liberté de pensée, de croyance et de religion, et neutralité. Selon Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, 2015, n°2, p. 329 : « *La laïcité apparaît ainsi comme la forme française de la liberté religieuse. Pour être un principe constitutionnel, elle est un principe de caractère davantage institutionnel ou organique et que touchant au fond du droit. La règle de fond est celle de la liberté religieuse, sous ses deux aspects, parfaitement explicités et distingués tant par le droit positif national que par la jurisprudence conventionnelle, de la liberté de pensée et de conscience, d'une part, qui est absolue, et de la liberté d'expression et de manifestation publique du culte, d'autre part, qui doit composer avec les autres libertés publiques et avec l'ordre public* ».

⁶⁴ Voir notamment G. KOUBI, « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDP*, 1997, n°5, p. 1320 : « *la laïcité étant à la base du système juridique français, elle est le principe de droit constitutionnel sur lequel se fonde, entre autres, la garantie de la liberté religieuse et de la liberté de religion* ».

⁶⁵ Cette conception semble être celle défendue par H. PENA-RUIZ dans ses différents écrits sur la laïcité. Elle fera l'objet de développements ultérieurs.

perception de la notion soit altérée. Il est en revanche assez gênant de constater que 43% des personnes interrogées considèrent que la laïcité telle que définie par le droit est un principe qui rassemble en théorie, et 18% seulement pensent que la laïcité telle que définie par le droit est un principe qui rassemble en pratique. En dehors des absentions, les autres personnes interrogées ont soit considéré qu'il s'agissait d'un principe qui divise, soit considéré que cela dépendait des situations⁶⁶. Une notion aussi essentielle du droit serait ainsi non seulement méconnue mais considérée par une part non négligeable de la population comme un facteur de division.

La notion d'ordre public paraît moins intrinsèquement polémique ou incertaine, mais son caractère évolutif génère des questionnements permanents relatifs à ses effets sur la garantie des droits et libertés. L'émergence de composantes dites « immatérielles » à l'ordre public a mis en avant un certain clivage au sein de la doctrine, certains jugeant que de telles exigences ont leur place au sein de l'ordre juridique français⁶⁷, d'autres se montrant plus critiques. La notion d'« exigences minimales de la vie en société », dégagée dans le cadre de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁶⁸ a par exemple été l'occasion pour certains

⁶⁶ Viavoice, janvier 2021, étude d'opinion réalisée par Viavoice pour l'Observatoire de la laïcité, *État des lieux de la laïcité en France*, p. 15.

⁶⁷ Voir le point de vue de Guy Carcassone : G. CARCASSONE *et al.*, « Débat autour de la décision du conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *D.*, 2011, p. 1166 ; également : J.-É. SCHOETTL, « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *RFDA*, 2018, p. 327.

⁶⁸ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

auteurs d'évoquer un renversement du postulat libéral⁶⁹. La préoccupation grandissante de la société à l'égard de la sécurité publique génère aussi un grand nombre d'écrits. Par le prisme de l'étude des normes relatives au terrorisme ou de celles relatives à l'état d'urgence sécuritaire, un certain nombre de critiques émergent à l'égard des évolutions normatives des dernières années en matière sécuritaire⁷⁰.

12. **Intérêt de l'étude.** Les ingrédients paraissent ainsi réunis pour qu'une étude d'ampleur sur la laïcité et l'ordre public soit susceptible de contribuer à leur connaissance. Mouvantes et mystérieuses chacune à leur manière, les notions se rencontrent et les remarques émises à ce sujet par les uns et par les autres indiquent qu'une étude combinée des deux notions n'est pas dépourvue d'intérêt. En toile de fond, ce sont bien des questions relatives aux libertés publiques et aux droits fondamentaux qui se jouent. Les notions d'ordre public et de laïcité participant toutes deux de leur garantie, qu'il s'agisse de les protéger ou de les limiter, une compréhension plus aboutie de leurs contours respectifs doit contribuer à la connaissance du cadre juridique des droits et libertés en France.

⁶⁹ R. HANICOTTE, « Visage caché, œil policier : la dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA*, 2010, p. 417 ; R. HANICOTTE, « Espace public, impasse des libertés », *JCPA*, n°26, 2 juillet 2012, p. 2227.

⁷⁰ J.-B. PERRIER notamment relaie les inquiétudes d'une partie de la doctrine relatives à la pérennisation dans le droit commun de mesures sécuritaires élaborées dans le cadre de l'urgence : « Vers l'état d'urgence permanent », *D.*, 2020, p. 1512.

II. METHODOLOGIE DE LA RECHERCHE

13. La part d'incertitude quant aux contours et définitions des notions d'ordre public et de laïcité justifiant ce travail, le choix a été fait de n'en pas proposer de définition en introduction. L'ambition première de la recherche menée est d'apporter des éléments supplémentaires de compréhension de la laïcité et de l'ordre public par une analyse nouvelle mêlant les deux notions. Si une définition ou une redéfinition des notions apparaît ce n'est qu'au fil du travail et à l'issue de celui-ci qu'elle se manifesterait pleinement. En revanche, il est nécessaire d'expliquer la manière dont les deux objets ont été abordés dans le cadre des recherches pour mesurer incidemment le champ de l'étude.

14. **L'appréhension de la laïcité.** Le choix a été fait de ne pas limiter l'appréhension de la laïcité à l'un des aspects qu'elle peut recouvrir selon les différentes approches, mais au contraire de la considérer dans chacun d'eux : le type d'organisation des rapports entre l'église et l'État par lequel elle se manifeste en France, le régime des cultes qu'elle inspire et enfin l'influence qu'elle exerce dans l'ensemble des domaines juridiques par ses aspects idéologiques. Il n'était en revanche pas question de supposer qu'il y a de la laïcité partout dans le droit et notamment partout où certains aimeraient la voir. Aussi l'approche a été assez largement nominative : lorsque la laïcité est utilisée dans les textes ou évoquée au stade de leur préparation par ceux qui font le droit, il faut considérer qu'elle est impliquée de manière plus ou moins directe et plus ou moins importante.

15. **L’appréhension de l’ordre public.** L’ordre public apparaît comme une notion refuge par rapport à la laïcité et l’appréhension de la notion dans le cadre des recherches n’a pas emprunté le même chemin. Il est apparu que l’objet et sa définition ne suscitaient pas de controverses majeures. Les auteurs sont globalement d’accord sur ce que désigne l’expression « ordre public » et sur les critères de définition permettant de désigner ce qu’il est, même lorsque l’expression n’est pas employée. Ce ne sont pas les éléments de définition permanents de l’ordre public qui sont discutés, mais ses éléments contingents : son contenu, ses finalités, évolutifs par nature. Le travail de délimitation de l’objet a donc été plus aisé à réaliser, et le nombre et l’importance des travaux réalisés sur la notion justifient à eux-seuls de ne pas reprendre à zéro le travail de définition. Il s’est donc plutôt agi de rechercher dans ces éléments connus ceux qui pouvaient expliquer les zones de confluence avec la laïcité. La thèse n’a pas vocation à produire une analyse exhaustive de la notion d’ordre public, pas plus que de remettre en question les éléments stables de sa définition, mais bien de proposer une réflexion autour de l’apport que pourrait constituer la laïcité dans ce cadre.

16. **Méthodologie de la recherche.** Le travail a débuté par le recensement de toutes les zones de confluence entre les notions. Ce premier effort n’a fait émerger que des questions assez ciblées et une certaine confusion entre les notions. Pour tenter de clarifier et d’expliquer l’articulation entre les notions, les recherches ont dû être axées sur chacune d’elles distinctement afin d’en extraire le maximum d’éléments de définition qui devaient permettre par la suite de tirer des conclusions quant aux rapports qui peuvent exister entre elles. Cet effort de compilation a permis d’avoir une vision plus compréhensive de chacune des deux notions que celle qui

avait inspiré le travail de recherche. L'ordre public apparaissait alors comme une notion transversale, ubiquë, et la laïcité surgissait dans des contextes et domaines largement éloignés de la question des rapports entre l'État et les cultes. Cet effort a fait jaillir des zones de confluence qui n'avaient pas été découvertes dans le premier mouvement de recherche, notamment les croisements qui peuvent exister entre l'ordre public et la laïcité dans des domaines qui paraissent moins directement liés à la laïcité, comme le droit des personnes, de la famille, de la bioéthique. L'étude avait un champ bien plus étendu que l'intuition initiale ne le suggérait et il fallait alors tâcher de faire ressortir les éléments pertinents dans le cadre d'une analyse groupée des notions et approfondir les recherches sur les zones de rencontre nouvellement découvertes. A l'issue de ce travail il était possible d'identifier différentes dynamiques qui se jouaient entre les notions et de comprendre plus fidèlement l'articulation entre elles.

17. **Problématique.** Comment et pourquoi les notions d'ordre public et de laïcité se rencontrent-elles dans l'ordre juridique ? Faut-il y voir un phénomène fortuit ? L'étude tente de mesurer et d'expliquer les rapports qui se jouent entre les notions de laïcité et d'ordre public afin d'éclairer les zones de confluence entre elles, des plus évidentes aux plus sous-jacentes. Ce faisant, il est permis d'espérer aboutir sur une vision clarifiée et peut-être enrichie de chacune.

18. **Plan.** Le travail d'observation et de distinction des éléments inhérents à chacune des deux notions n'est pas seulement utile en toile de fond de la recherche. Il est ce qui permet de faire ressortir les éléments propres à chacune, et particulièrement les zones d'ombre et de lumière qui résultent de l'ordre public et de la laïcité. La fonction, le contenu et la portée de l'ordre

public et de la laïcité ne sont pas identiques et ils révèlent les certitudes et incertitudes de l'une et/ou de l'autre. Ainsi, c'est ce travail de distinction, en tant qu'action de détermination des notions, mais également de différenciation des notions, qui sera exposé dans la première partie. Il est nécessaire autant pour démontrer une première dynamique entre les notions - l'ordre public contribuant à délimiter certains aspects de la laïcité- que pour démontrer les éléments à partir desquels d'autres dynamiques pourront se jouer. La seconde partie de la réflexion aura alors pour ambition de faire positivement ressortir les éléments traduisant l'existence des différentes dynamiques d'attraction qui peuvent exister entre les notions d'ordre public et de laïcité.

PREMIERE PARTIE

LA DISTINCTION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

19. La part de mystère inhérente aux notions d'ordre public et de laïcité ayant été soulignée en introduction, leur étude exige un effort d'identification des contours juridiques de chacune d'elles. Une telle démarche n'est toutefois pas aisée. Pierre Catala présentait l'ordre public comme un « *insaisissable feu follet qui s'éteint ici pour renaître ailleurs. Ne sachant guère qui il est, ni où il va (...)* »⁷¹. Le caractère évanescent de la notion commande un véritable effort de synthèse pour en déterminer les contours juridiques mais cet effort est facilité par le fait que la notion ait fait l'objet de travaux de recherche récents. C'est moins le cas de la laïcité, les travaux d'ampleur récents sur la notion étant plus rares et les définitions très variables. La difficulté d'appréhension de la laïcité est ainsi fréquemment soulignée, et le constat opéré par Jean Rivero en 1960 n'a pas perdu en actualité :

« idéologie de combat, idéologie engagée, la laïcité ne peut faire l'objet d'une élaboration sereine ; les éléments intellectuels qui se rencontrent dans la pensée laïque sont tout imprégnés de passion ; cette charge émotionnelle qui s'attache à la notion de laïcité, et dont l'événement nous montre la continuité, n'est pas le phénomène le moins étonnant de notre matière. Mais il est bien évident qu'elle ne facilite pas la tâche du juriste : les matériaux qu'il assemble pour formuler sa règle ne sont point, d'ordinaire, à l'état incandescent ; sinon, il s'y brûlerait les doigts. Ici, c'est une matière en fusion – avec ce que

⁷¹ P. CATALA, « Rapport de synthèse » in Association Henri Capitant, *L'ordre public : journées libanaises*, LGDJ, n°49, 2001, p. 1.

cela implique, à la fois, de fluidité, et de chaleur – qui lui est remise »⁷².

Cette incandescence explique les difficultés inhérentes à l'identification de la laïcité et que soulignait un peu plus récemment le sociologue Jean Baubérot : « *Il existe quelque chose qui s'appelle une démarche de connaissance, mais qui est difficilement acceptée en France quand cela s'applique à la laïcité. Je suis beaucoup plus à l'aise à l'étranger, parce qu'on m'y attend sur le sérieux de ma démarche de connaissance, qu'en France, où l'on m'attend sur des positions idéologiques* »⁷³.

L'effort de distinction implique non seulement la mise en évidence des caractéristiques propres à chacune, mais également la révélation de leurs différences. Il est rendu nécessaire à plusieurs égards. En plus de servir de socle à la suite de la réflexion, il doit permettre de mettre en évidence les éléments de définition juridiques et non juridiques des notions ainsi que les zones d'ombre et de lumière inhérentes à chacune. Il s'agira d'abord d'essayer de mettre en lumière les aspects par lesquels les notions se différencient (titre premier) avant de tenter de faire ressortir la manière, concurrente, dont elles interviennent dans l'ordre juridique (titre second).

⁷² J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, PUF, 1960, pp. 627-628.

⁷³ J. BAUBÉROT, Audition du 21 octobre 2009, *Mission d'information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national, 2008-2010*, comptes rendus disponibles à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-miburqa/09-10/index.asp>

TITRE PREMIER

DES NOTIONS DIFFERENTES

20. Telles qu'elles se présentent dans l'ordre juridique, les notions d'ordre public et de laïcité sont essentiellement distinctes. Elles se signifient d'abord par une certaine fonction qui leur est attribuée et qui se révèle être un élément assez stable d'identification de l'une comme de l'autre (chapitre I). Elles se signifient ensuite par un certain contenu, mais celui-ci s'avère en revanche beaucoup plus délicat à déterminer et doit être analysé avec certaines précautions (chapitre II).

CHAPITRE I

LA FONCTION DES NOTIONS D'ORDRE

PUBLIC ET DE LAÏCITE

21. Par fonction il faut entendre « *Activité déterminée dévolue à un élément d'un ensemble ou à l'ensemble lui-même* »⁷⁴. Appréhender la fonction des notions d'ordre public et de laïcité permet aussi d'en souligner la distinction la plus évidente. En effet, l'ordre public a une fonction essentielle et incontournable (section première), quand la laïcité a une fonction qui s'explique bien davantage par le contexte historique et politique de la France (section seconde).

⁷⁴ CNRTL, entrée « fonction ».

SECTION PREMIERE. LA FONCTION PROTECTRICE DE L'ORDRE PUBLIC

22. Il y a une réelle multiplicité de l'ordre public, à la fois dans ses manifestations juridiques et dans les concepts doctrinaux qui l'entourent (I). Cette multiplicité n'empêche toutefois pas l'identification d'une définition fonctionnelle profondément unitive de la notion (II).

I. LES MANIFESTATIONS HETEROCLITES DE L'ORDRE PUBLIC

23. **La présentation académique de la notion.** Les concepts doctrinaux qui entourent l'ordre public n'aident pas forcément à saisir l'unité de la notion. Le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu fait état de cette diversité⁷⁵ en recensant des définitions de l'ordre public propres à différents champs juridiques : droit privé, droit international privé, droit social, droit européen. Adjoint de qualificatifs multiples, l'ordre public n'en ressort que plus divers en apparence. Il est possible, à la simple lecture de la table des matières d'ouvrages consacrés à l'ordre public⁷⁶, de constater plus encore cette diversité. L'ordre public se décline en catégories : il y a un « ordre public culturel », un « ordre public financier », un

⁷⁵ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., PUF, 2022, entrée « ordre public ».

⁷⁶ R. SEVE (dir.), *L'ordre public*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 58, 2015 ; C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013 ; M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 2001.

« ordre public économique », un « ordre public social », un « ordre public écologique », un « ordre public européen », un « ordre public international », ... L'ordre public est confronté à des domaines divers : « ordre public et solidarité », « ordre public et contrat », « ordre public et cyberspace », « ordre public et religion », « ordre public et droit des étrangers », « ordre public et santé publique », « ordre public et sectes », ... Il fait également office de qualificatif : la « réserve d'ordre public », la « mesure d'ordre public », ... L'ordre public apparaît dans toutes les branches du droit et à tous les niveaux de la hiérarchie juridique : dans la Constitution, les traités, la loi, les règlements et la jurisprudence ; en matière civile, pénale, administrative, économique, ... La notion est fortement investie par la doctrine à qui l'on doit la majorité des qualificatifs associés à l'ordre public : la distinction entre « ordre public matériel » et « immatériel », entre « ordre public de protection » et de « direction », et l'ensemble des catégories précédemment citées, que les textes normatifs ne mentionnent pas. Dans le droit positif l'ordre public n'est pas classé, il est utilisé sans distinction entre toutes ces déclinaisons, ce qui suggère l'existence d'une définition capable d'englober l'ensemble de ces catégories. Pourtant, même en se portant sur les manifestations juridiques de l'ordre public, l'unité de la notion pourrait laisser dubitatif.

24. **Les manifestations juridiques de la notion.** En effet, on peut se contenter d'en citer quelques-unes pour s'apercevoir de la diversité apparente de la notion. L'ordre public apparaît d'abord comme un résultat, un état de fait recherché : « *la paix*

sociale »⁷⁷. C'est le premier élément de définition proposé dans le *Vocabulaire juridique*. Il est également utilisé pour définir la police administrative qui, selon les manuels de droit administratif, a pour but de prévenir les troubles à l'ordre public⁷⁸, c'est-à-dire ce qui pourrait menacer cet état de paix sociale. Le Conseil constitutionnel a affirmé qu'il s'agissait de l'une des finalités du législateur : il « *appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* »⁷⁹, finalité revêtant un caractère particulier puisque le Conseil l'a consacrée comme objectif de valeur constitutionnelle⁸⁰. L'expression « ordre public » est aussi utilisée comme qualificatif. Il y aurait d'abord des normes « d'ordre public ». Certaines dispositions sont parfois clairement mentionnées comme étant d'ordre public⁸¹. L'expression est aussi utilisée pour qualifier le « moyen d'ordre public », moyen qui déroge aux règles processuelles classiques⁸². « L'exception d'ordre public » désigne un mécanisme d'éviction de la règle de droit étranger normalement applicable⁸³. Enfin, la « réserve d'ordre public »

⁷⁷ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., PUF, 2022, entrée « ordre public » : « état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées ».

⁷⁸ J. WALINE, *Droit administratif*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2014, p. 394 ;

⁷⁹ Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.

⁸⁰ Cons. const., 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

⁸¹ Par exemple : art. 16-9 du Code civil.

⁸² C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2021-2022, p. 184 s ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYEUR, *Procédure civile*, 35^{ème} éd., Dalloz, 2020, p. 442.

⁸³ P. LAGARDE, « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2020.

permet d'évincer partiellement ou totalement une règle issue d'un traité international⁸⁴. L'ordre public apparaît aussi dans le droit comme un fondement : un fondement pour limiter l'exercice des droits et libertés, comme en dispose l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁸⁵, un fondement pour la police administrative comme en dispose notamment l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales⁸⁶.

25. L'ensemble paraît quelque peu hétéroclite et semble davantage faire référence à des éléments juridiques distincts qu'à une notion juridique cohérente. Pourtant, une grande partie de la doctrine s'accorde autour de la même définition de l'ordre public et celle-ci tient précisément à sa fonction.

II. L'UNITE FONCTIONNELLE DE L'ORDRE PUBLIC

26. L'ordre public fait l'objet d'une définition fonctionnelle synthétique et consensuelle (A) qui explique l'intérêt principal qu'il y a à étudier la notion : elle est un révélateur des exigences fondamentales de l'ordre juridique (B).

⁸⁴ D. DERO-BUGNY, « L'ordre public interne sous l'influence du droit de l'UE », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, Cujas, 2013, p. 175.

⁸⁵ « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ».

⁸⁶ « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques (...)* »

A. UNE FONCTION PREMIERE PROTECTRICE

27. **Protection des exigences essentielles de l'ordre juridique.** Quel que soit le domaine dans lequel intervient la notion d'ordre public, elle a toujours les mêmes effets, à savoir faire primer certaines exigences en limitant l'exercice de certains droits ou en dérogeant à des dispositions juridiques ou principes en vigueur. L'ordre public apparaît ainsi comme une notion servant avant tout à articuler les normes entre elles, en faisant primer celle, écrite ou non, qui apparaît indispensable à la paix sociale. Cette idée de garantie d'exigences supérieures se retrouve dans toutes les manifestations de l'ordre public. Ainsi que le Conseil Constitutionnel l'a rappelé, le législateur peut limiter l'exercice des libertés, mais il le fait précisément dans la mesure où c'est nécessaire à la sauvegarde des libertés elles-mêmes⁸⁷. La réserve d'ordre public n'est admise que de manière limitée et dans la mesure où elle vise à protéger des intérêts estimés fondamentaux dans l'ordre juridique interne de l'État concerné. La CJCE a indiqué en 1977 que « *le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »⁸⁸. La réserve ne se justifie qu'en considération de la nécessité de sauvegarder des intérêts revêtant un caractère fondamental. La CJCE a d'ailleurs

⁸⁷ Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances : « *il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* ».

⁸⁸ CJCE, 27 octobre 1977, n° C-30/77, *Régina contre Pierre Bouchereau*, attendu 35.

affirmé auparavant que « *la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, doit être entendue strictement* »⁸⁹. L'exception d'ordre public, selon la Cour de cassation « *a pour fonction d'empêcher la perturbation que risque de produire l'application ou la reconnaissance de normes étrangères dont le contenu heurterait les conceptions dominantes de l'ordre juridique du for* »⁹⁰. Là encore l'exception ne se justifie que parce que la norme en question heurte un certain contenu juridique. Un tel constat peut être opéré pour le moyen d'ordre public qui « *touche à un principe essentiel du droit* »⁹¹ et se définit comme « *une question d'une importance telle qu'elle doit être relevée d'office par le juge même si les parties n'en font pas état* »⁹².

28. Ce faisant, la notion d'ordre public n'apparaît plus seulement comme une notion qui limite, mais bien une notion qui assure la conservation des exigences essentielles de l'ordre juridique. Il « *consiste à garantir, par diverses techniques juridiques appropriées, mais non nécessairement spécifiées à l'avance, que toutes les exigences d'ordre, matériel ou juridique, qui, au sein de cet ordre juridique, apparaissent essentielles, aux yeux des autorités qui ont compétences pour ce faire, seront en tout*

⁸⁹ CJCE, 4 décembre 1974, n° C-41/74, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, attendu 18.

⁹⁰ Cour de cassation, *L'ordre public*, rapport annuel, La documentation française, 2013, p. 128.

⁹¹ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYEUR, *Procédure civile*, 35^{ème} éd., Dalloz, 2020, p. 442.

⁹² P. MINNE, « Les moyens d'ordre public », *Jurisclasseur procédures fiscales*, 2013, fasc. 485.

état de cause satisfaites »⁹³. Cette définition fonctionnelle de la notion a l'avantage d'être très consensuelle et Philippe Malaurie avait raison de souligner que « *l'ordre public est un dans sa définition* »⁹⁴. Qu'il s'agisse des travaux les plus anciens ou les plus récents sur l'ordre public, des travaux portant sur le droit français ou sur le droit d'autres États ou d'organisations internationales, il y a une réelle constance à ce sujet. Selon François Hage-Chanine, « *La règle d'ordre public est une norme, fondée sur des raisons d'ordre religieux, moral, politique, social et économique, jugées indispensables à l'organisation et à la sauvegarde de la société qui impose le commandement qu'elle contient ou qui évince tout acte de volonté, toute décision ou toute règle qui lui est contraire* »⁹⁵. Selon Pauline Gervier, « *son rôle consiste à justifier des restrictions aux droits et libertés afin d'assurer les conditions sociales de leur exercice. Néanmoins l'ordre public implique de limiter leur exercice uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la protection même de l'ordre public qui garantit ces droits. Il s'agit d'un « ordre finalisé » (...)* »⁹⁶. Dans sa thèse consacrée à l'ordre public immatériel, Marie-Odile Peyroux-Sissoko aboutit également dans sa conclusion à une définition fonctionnelle : « *Dans un sens restrictif, l'ordre public immatériel est la notion qui permet de restreindre les droits et*

⁹³ E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 2001, p. 9.

⁹⁴ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 71.

⁹⁵ F. HAGE-CHAHINE, « Rapport général : L'ordre public dans l'économie », in Association Henri Capitant, *L'ordre public : journées libanaises*, LGDJ, n°49, 2001, p. 17.

⁹⁶ P. GERVIER, La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, LGDJ, 2014, p. 9, § 25.

*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 peuvent être exclusivement réglementées par les règles régissant le système des droits et libertés individuels »⁹⁷. Dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, Pascale Deumier et Thierry Revet estiment que « l'ordre public établit une hiérarchie entre les valeurs fondamentales et les intérêts non fondamentaux »⁹⁸. La substance de l'ordre public ne peut ainsi se déterminer qu'au regard de ces valeurs fondamentales et conduit naturellement à se poser la question de leur définition.*

B. UNE FONCTION INCIDENTE EXPRESSIVE

29. **La fonction expressive de l'ordre public.** Selon le *Vocabulaire juridique*, l'ordre public est une « limite à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elle protège contre les abus de liberté ». Philippe Malaurie soulignait également que l'ordre public « est l'idéal juridique en voie de réalisation : en dosant les parts respectives des éléments qui le composent, éléments moraux, politique économique, on peut saisir les tendances essentielles d'un droit et les buts fondamentaux d'une société dont les intérêts

⁹⁷ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018, p. 525, § 616.

⁹⁸ P. DEUMIER, T. REVET, « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1121.

sont en jeu »⁹⁹. L'identification des valeurs fondamentales de l'ordre juridique est une question éminemment intéressante. Elle semble recéler en elle la réponse au grand mystère des sources de notre droit. Si l'ordre public possède indirectement une fonction expressive, le contenu qu'il révèle reste assez difficile à appréhender pour le juriste. Il est parfois rapproché de notions connues du droit : la CJUE rattache l'ordre public à l'identité nationale¹⁰⁰. Pour certains auteurs ces exigences fondamentales sont à rapprocher de la notion d'intérêt général¹⁰¹. En réalité il s'agit tout simplement de valeurs, c'est-à-dire des « *émotions et des préférences qui ne sont ni vraies ni fausses et ne font l'objet d'aucune connaissance objective* »¹⁰². Elles sous-tendent tout ordre juridique. Jean-Éric Schoetl considère qu'il y a « *un ordre symbolique, qui varie d'une société humaine à une autre, qui évolue, mais qui existe partout et depuis toujours et dont aucune société ne peut se passer* »¹⁰³. L'appréhension de ces valeurs relève de mécanismes de connaissance qui échappent en partie au juriste et devrait mobiliser la philosophie axiologique. En effet, s'il est possible, par un raisonnement inductif, de remonter de

⁹⁹ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 18.

¹⁰⁰ D. DERO-BUGNY, « L'ordre public national sous l'influence du droit de l'UE », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, op. cit., pp. 178-179

¹⁰¹ S. ROLAND, « L'ordre public et l'État » in C.-A. DUBREUIL, *L'ordre public : actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I)*, 2013, p. 14. Il estime que l'ordre public « fait primer l'intérêt général sur les intérêts privés ». On peut estimer que l'intérêt général est au moins un mode de détermination des finalités de l'ordre public dans une société démocratique.

¹⁰² A. VIALA, « valeurs », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.

¹⁰³ J.-É. SCHOETTL, « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *RFDA*, 2018, p. 327.

l'application de l'ordre public vers la valeur fondamentale dont il exprime la protection, cette démarche demande un travail d'interprétation. C'est pourtant une démarche qui n'est pas complètement étrangère au juriste. En droit pénal, il est usuel de rechercher la valeur sociale protégée par la loi pénale. Elle est à cet égard un outil important de réflexion sur les finalités de l'ordre public : « *l'ordre public est une donnée abstraite dont le droit pénal fournit le contenu. En effet, incriminer un comportement, c'est affirmer que la valeur sociale atteinte (la vie humaine, la propriété, la dignité...) est l'un des piliers de l'ordre public* »¹⁰⁴. Toutefois, certains écrits ou phénomènes questionnent cette affirmation. La multiplication des incriminations tend à complexifier l'appréhension des valeurs protégées. Le Professeur Darsonville estime que « *l'utilisation irréfléchie du droit pénal ne permet plus une protection efficace de l'ordre public car, à tout pénaliser, on dissout les valeurs fondamentales dans des valeurs plus relatives* »¹⁰⁵. L'affirmation du Conseil d'État en 2015 selon laquelle l'autorité de police peut prévenir la commission d'infractions pénales susceptibles de troubler l'ordre public sous-entend qu'il y aurait des infractions qui ne servent pas la protection de l'ordre public¹⁰⁶. Ce dernier ne se

¹⁰⁴ A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 287.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 296.

¹⁰⁶ CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les productions de la Plume et M. D. MBala MBala* : « *il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public sans porter d'atteinte excessive à l'exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales* ».

manifestant pas seulement par le droit pénal, il sera utile d'avoir une approche très globale de ses manifestations pour opérer une analyse plus fine de ses finalités.

30. **Une notion à la frontière entre droit et société.** L'ordre public se trouve ainsi placé à l'interface entre droit et société. « *Tout sauf neutre, d'un point de vue axiologique* »¹⁰⁷, la notion « *n'a pas la blanche nudité d'un impératif supérieur et immuable ; elle jaillit sous la pression des nappes souterraines que sont la morale et les mœurs* »¹⁰⁸. Cette fonction expressive lui est assez unanimement reconnue par les travaux anciens ou plus récents. Selon Camille Drouiller « *un lien fort semble exister entre l'ordre social et l'ordre public. En effet, le groupe social détermine quels sont les valeurs et principes essentiels qui le gouvernent, par la mise en place de la hiérarchie des valeurs. Il existe ainsi une relation particulière entre l'ordre social et l'ordre public, plus généralement entre société et ordre public* »¹⁰⁹. Il s'inspire des valeurs morales, philosophiques, politiques ou religieuses qui sont les siennes. Les travaux menés par l'association Henri Capitant sur l'ordre public apportent des éléments de comparaison de l'ordre public dans de nombreux États. Il apparaît que des États non laïques à l'instar du Liban, de la Syrie et du Koweït ont un ordre public

¹⁰⁷ S. ROLAND, « L'ordre public et l'État » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 11.

¹⁰⁸ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 256.

¹⁰⁹ C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, thèse dactylographiée, Pau, 2018, § 42.

largement inspiré par la religion¹¹⁰. Au Koweït « *le droit qui tend à prohiber la vente du vin, du porc (...) ne pourrait se justifier que sur un plan d'ordre public religieux* »¹¹¹, tandis qu'au Liban « *la religion gardait naturellement une influence prépondérante dans la définition des mœurs et des règles supérieures de la vie sociale et par conséquent dans la définition de la notion d'ordre public* »¹¹². L'ordre public puise dans l'idéologie ou les idéologies au fondement de l'ordre juridique considéré car en tant que « *système d'idées générales constituant un corps de doctrine philosophique et politique à la base d'un comportement individuel ou collectif* »¹¹³ elles définissent les finalités profondes de l'ordre juridique : « *Il n'a jamais existé, et il ne peut exister de système politique, fonctionnant comme un cadre dans lequel s'exercent le contrôle social et le pouvoir politique, qui n'ait consciemment ou inconsciemment pour base de son existence institutionnalisée une idéologie politique appropriée* »¹¹⁴. Il peut s'agir de finalités libérales, sociales, marxistes, fascistes... « *toute idéologie doit, pour se réaliser en tant qu'action politique ou sociale, créer et utiliser des institutions et des techniques adaptées à ses principes* »¹¹⁵. En ce sens, par exemple, Philippe Malaurie indiquait que l'ordre public soviétique était tout entier tourné vers la mystique

¹¹⁰ Ainsi que l'indique F. HAGE-CHANINE dans le « Rapport général » de la partie consacrée à « l'ordre public dans l'économie » *in* Association Henri Capitant, *L'ordre public : journées libanaises*, LGDJ, n°49, 2001, p. 19

¹¹¹ E. Z. AHMED, « Rapport koweïtien », *ibid.*, p. 167.

¹¹² C. MAHMASSANI, « Rapport libanais », *ibid.*, p. 174.

¹¹³ Dictionnaire Larousse, entrée « idéologie ».

¹¹⁴ K. LOEWENSTEIN, « Les systèmes, les idéologies, les institutions politiques et le problème de leur diffusion », *Revue française de science politique*, 1953, n°4, p. 678.

¹¹⁵ *Ibid.*, p 678

Révolutionnaire¹¹⁶. Des « *stigmates idéologiques hérités de l'Empire et de la Russie des Soviets* »¹¹⁷ qui, selon certains auteurs, continuent d'irriguer l'ordre public russe aujourd'hui et font qu'il tend à se confondre avec l'intérêt de l'État : « *la mise en œuvre des textes juridiques tend à transformer le maintien de l'ordre public en une protection de l'État et de ceux qui exercent le pouvoir. Nombreux ont été les opposants politiques qui dénonçaient des fraudes électorales lors des élections de décembre 2011 à avoir été arrêtés sur le fondement d'une atteinte à l'ordre public* »¹¹⁸. Au contraire, l'ordre juridique anglais étant éminemment fondé sur le libéralisme¹¹⁹, l'ordre public se réduit davantage à un arbitrage des libertés et à la mise en place d'un cadre favorable à leur épanouissement. On comprend que la question des sources de l'ordre public est délicate, elle soulève « *non seulement le problème général des sources du droit, mais encore celui de la place de la morale, du droit naturel et du jus gentium dans la notion de droit* »¹²⁰.

31. Cette dimension axiologique se ressent particulièrement lorsque le juge va puiser dans la société des éléments de nature à préciser les contours de certaines infractions. La Cour de cassation a, en ce sens, jugé que le fait d'insinuer, à l'occasion

¹¹⁶ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 14.

¹¹⁷ M.-E. BAUDOIN, « L'ordre public en Russie », in C. C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 165.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Voir en ce sens : A. ANTOINE, « L'ordre public en Grande-Bretagne », *ibid.*, p. 154.

¹²⁰ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 15.

d'une interview pour un magazine, le comportement infidèle d'un homme marié, n'était pas nécessairement constitutif d'une diffamation. Elle indique que « *l'atteinte à l'honneur ou à la considération ne pouvait résulter que de la réprobation unanime qui s'attache, soit aux agissements constitutifs d'infractions pénales, soit aux comportements considérés comme contraires aux valeurs morales et sociales communément admises au jour où le juge statue* » avant de préciser que « *l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération* »¹²¹. *A contrario*, le juge peut parfois considérer que l'évolution de la société n'est pas encore de nature à faire évoluer la définition matérielle d'une infraction. C'est ainsi que la Chambre criminelle persiste à qualifier l'exposition publique de la poitrine féminine comme « *une exhibition provocante de nature à offenser la pudeur publique et à blesser le sentiment moral de ceux qui ont pu en être les témoins* »¹²².

32. L'ordre public remplit une fonction de la plus grande importance dans l'ordre juridique en assurant la protection des exigences essentielles pour en garantir la pérennité. A cette fonction s'ajoute une fonction incidente de révélation du contenu des valeurs fondamentales sur lesquelles repose l'ordre juridique.

¹²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2015, n° 14-29.549.

¹²² Cass. crim., 22 janv. 1965, n° 65-91.997 : cette interprétation est toujours valable en 2022. Elle a permis la condamnation de militantes *femen* pour avoir exposé leur poitrine dans des lieux publics.

SECTION SECONDE. LA FONCTION EMANCIPATRICE DE LA LAÏCITE

33. Il est possible au premier abord de se questionner sur l'utilité de rechercher la fonction de la laïcité française, particulièrement puisque le terme est utilisé comme un adjectif -aux termes de l'article premier de la Constitution, « *La France est une République laïque* »- ou comme un attribut d'autres choses : on parle de laïcité de la République, de laïcité de l'école... Elle apparaît ainsi comme un terme servant à décrire, à caractériser un autre objet, et non comme une notion fonctionnelle. Le terme laïcité est généralement défini soit directement en s'inspirant du modèle juridique de séparation français¹²³, soit pour désigner le « *caractère de ce qui est laïque* »¹²⁴. La « laïcité » est un néologisme inspiré de l'adjectif « laïque » qui désigne ce « *qui ne fait pas partie du clergé ; qui est indépendant de toute confession religieuse* »¹²⁵. Le terme semble ainsi se définir davantage par opposition, et le « laïc » désigne celui qui n'est pas clerc. Aussi, c'est une définition tout en négation que l'on retrouve dans le *Vocabulaire juridique* : « *caractère non confessionnel de l'entité considérée, négation renvoyant à son caractère commun à tous les citoyens (par opposition à*

¹²³ Dictionnaire Larousse, entrée « Laïcité » : « *conception et organisation de la société fondée sur la séparation de l'église et de l'État et qui exclut de l'exercice de tout pouvoir politique ou administratif, et, en particulier, de l'organisation de l'enseignement* » ; dictionnaire Le petit Robert, même entrée : « *principe de séparation de la société civile et de la société religieuse, l'État n'exerçant aucun pouvoir religieux et les églises aucun pouvoir politique* ».

¹²⁴ Dictionnaire Larousse, entrée « Laïcité », définition similaire dans le Petit Robert à la même entrée : « *caractère laïque* ».

¹²⁵ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., PUF, 2022, entrée « laïque ».

communautariste), parfois son caractère public et ouvert à tous (mais il existe des institutions privées laïques), à son caractère civil par opposition à religieux (ex. le mariage civil) »¹²⁶. On peut admettre que la laïcité implique une distinction entre le religieux et le profane mais qui peut se montrer très compréhensive quant aux réalités qu'elle désigne et qui ne dit rien du processus emprunté. Elle ne distingue pas entre les États qui, comme la France, se sont délibérément séparés des églises et ceux pour lesquels un phénomène de sécularisation de la société et du droit s'est produit passivement. Tout en estimant que la laïcité englobe différents types d'organisation des rapports entre l'État et les cultes, le sociologue Jean-Paul Willaime souligne que l'utilisation du terme est plutôt propre aux pays de tradition catholique où l'emprise politique de l'église était plus importante que dans les pays de tradition protestante ou orthodoxe. Dans ces pays le terme « sécularisation » semble plus adapté à l'histoire des rapports entre l'État et la religion. Il y a ainsi quand même une certaine spécificité de la laïcité « à la française », même si elle n'est pas propre à la France, qui « apparaît de fait comme un mouvement d'émancipation par rapport à l'emprise qu'avait l'Église catholique dans et sur certaines sociétés nationales »¹²⁷. Cette idée d'émancipation, en tant qu'« action de (se) libérer, de (s')affranchir d'un état de dépendance ; état qui en résulte »¹²⁸, dit à la fois quelque chose du résultat de la laïcité en France, mais aussi de son mouvement, de la fonction

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ J.-P. WILLAIME, « Chapitre 6. La prédominance européenne d'une laïcité de reconnaissance des religions », in J. BAUBÉROT, M. MILOT, P. PORTIER (dir.), *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis (Afrique, Amériques, Europe, Japon, Pays arabes)*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, p. 101.

¹²⁸ CNRTL, entrée « émancipation ».

qu'elle joue dans l'ordre juridique. Le postulat d'une fonction émancipatrice de la laïcité émerge dans la construction historique de la notion (I), qui paraît être d'une importance particulière pour en mesurer les contours¹²⁹, et se confirme par son rôle juridique (II).

I. UNE FONCTION RESULTANT DE L'HISTOIRE RELIGIEUSE FRANÇAISE

34. **Avant la Révolution française.** L'un des premiers jalons de la laïcité française est à rechercher dans la lutte de pouvoir qui oppose Philippe le Bel au pape Boniface VIII. Il est alors question pour le roi d'affirmer son autorité vis à vis du clergé français en mettant en place un impôt à l'égard des biens de l'église. Le pape s'y oppose avant de céder. Ce conflit oppose alors également le clergé français au Pape. Il y a ainsi aux prémices de l'idée laïque, une lutte à l'unisson du roi et du clergé français contre l'absolutisme papal. Près de cent-cinquante ans plus tard, Charles VII promulgue la *Pragmaticque sanction*, toujours avec le soutien du clergé. Cette ordonnance affirme l'autonomie de l'église française et l'autorité des conciles vis à vis du Pape. Elle vise à limiter le pouvoir du pape vis-à-vis de l'église catholique française, notamment en supprimant son pouvoir de nomination des évêques et certains impôts qui bénéficiaient au Saint-Siège. Cette ordonnance sera abolie et rétablie à plusieurs reprises

¹²⁹ Dans le rapport présentant le projet de loi de séparation des églises et de l'État, Aristide Briand consacre un peu plus de cent-vingt pages à des développements historiques : A. BRIAND, 1905, rapport n° 2302, fait au nom de la commission relative à la séparation des églises et de l'État et à la dénonciation du concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État.

par Charles XI. François Ier négocie avec Léon X ce qui restera une étape décisive : le concordat de Bologne. Signé en 1515, il fait du roi le chef de l'église catholique en France et lui accorde un certain nombre de prérogatives à cet égard. La nomination des évêques, par exemple, est effectuée par le roi avant que ceux-ci ne reçoivent l'investiture pontificale. Le gallicanisme ne cesse de se renforcer par la suite et touche plus particulièrement le droit dans la mesure où les actes juridiques émis par le Saint Siège perdent leur effet direct et doivent être reçus par le roi pour s'imposer à ses sujets. La déclaration des Quatre Articles de 1682, rédigée par Bossuet à la demande Louis XIV, définit les libertés de l'église gallicane. Affirmation de l'autorité du roi en matière temporelle, autorité des conciles vis à vis du pape, indépendance de l'église gallicane et négation de l'infaillibilité pontificale en matière de dogme sont les principes contenus dans cette déclaration et qui continueront d'être enseignés des siècles plus tard sous l'empire du Concordat de 1801.

35. **La Révolution française de 1789** marque, selon Ferdinand Buisson, une étape déterminante dans la laïcité française :

« La Révolution française fit apparaître pour la première fois dans sa netteté entière l'idée de l'État laïque, de l'État neutre entre tous les cultes, indépendant de tous les clergés, dégagé de toute conception théologique. L'égalité de tous les Français devant la loi, la liberté de tous les citoyens, la constitution de l'état civil et du mariage civil, et en général l'exercice de tous les droits civils désormais assuré en dehors de toute condition religieuse, telles furent les mesures décisives qui consommèrent l'œuvre de sécularisation de tous les clergés, dégagée de toute conception théologique. Malgré

les réactions, malgré tant de retours directs ou indirects à l'ancien régime, malgré près d'un siècle d'oscillations et d'hésitations politiques, le principe a survécu : la grande idée, la notion fondamentale de l'État laïque, c'est-à-dire la délimitation profonde entre le temporel et le spirituel, est entrée dans nos mœurs de manière à n'en plus sortir. Les inconséquences dans la pratique, les concessions de détail, les hypocrisies masquées sous le nom de respect des traditions, rien n'a pu empêcher la société française de devenir, à tout prendre, la plus séculière, la plus laïque d'Europe »¹³⁰.

36. Dans sa lignée, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, inspirée des « *réflexions a-religieuses ou antireligieuses* »¹³¹ de philosophes comme Bayle, Rousseau, Montesquieu ou Voltaire, consacre une nouvelle forme de séparation. L'article 3 fait résider le principe de toute souveraineté dans la Nation, mettant fin à la souveraineté d'origine divine. Un renversement se produit alors : le souverain n'est plus le ministre de Dieu mais le délégataire de la souveraineté nationale. Le peuple devient la source du pouvoir. Après des siècles de monarchie de droit divin, ce basculement est majeur car il implique désormais une séparation d'ordre philosophique, une émancipation des sources du pouvoir politique. Durant le XIX^e siècle, hormis durant la Restauration, il ne sera plus question, même dans les périodes où les liens entre le culte catholique et le pouvoir se resserrent, d'affirmer l'origine divine de la souveraineté.

¹³⁰ F. BUISSON, *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, partie 1, tome 2, 1888, entrée « laïcité », p. 167.

¹³¹ D. MOATTI, « La laïcité ou l'histoire mouvementée d'un concept français », *Pyramides*, n°8, 2004, pp. 83-98.

37. **Une première tentative de séparation des églises et de l'État** a lieu dans la période Révolutionnaire avec les décrets du 18 septembre 1794 et du 21 février 1795. Ils organisent une séparation rigide entre l'État et les cultes. Le second décret est issu de la proposition de Boissy d'Anglas qui, le défendant devant l'Assemblée, revient sur les troubles occasionnés par la Constitution civile du clergé et exprime la nécessité d'en revenir aux principes affirmés en 1789 :

« (...) L'Assemblée constituante, qui a eu la gloire d'invoquer la première les droits inaltérables du peuple, (...) L'instant était arrivé pour elle d'affranchir le corps politique de l'influence de la religion ; elle devait décréter que chaque citoyen pourrait se livrer aux pratiques que demande le culte qu'il professe, mais que l'État n'en supporterait point les frais, que les cultes n'auraient entre eux aucune sorte de préférence, qu'ils n'obtiendraient aucune publicité, et qu'aucun monument public ne pourrait en consacrer les actes. La raison lui dictait cette conduite, la politique la lui commandait impérieusement, et le désir de consolider son propre ouvrage lui en faisait une loi formelle. Au lieu de détruire, elle voulut créer ; organiser, au lieu d'abolir. Elle ordonna pour la religion un établissement pompeux et dispendieux, presque aussi vaste que celui qu'elle avait détruit. Elle établit une hiérarchie religieuse tellement combinée, que la ferveur de certains sectaires crut y voir le retour de l'Église primitive. Au culte qu'elle rétablissait sur des éléments nouveaux, mais non moins dangereux que les précédents, elle joignit le plus grand fléau qui puisse accompagner une religion : elle laissa se former un schisme, et elle ne sut jamais le réprimer (...) Citoyens, le culte a été banni du gouvernement, il n'y rentrera plus.

Vos maximes doivent être à son égard celles d'une tolérance éclairée, mais d'une indépendance parfaite. C'est une bonne police que vous devez exercer, parce que c'est la liberté tout entière que vous devez établir, et qu'elle n'est fondée que sur le maintien de l'ordre public. Il n'est aucune société dans l'État qui ne doive être soumise à la police (...) »¹³².

Le décret de 1794 ne fait que poser le principe d'une séparation, c'est celui de 1795 qui contient les dispositions qui l'organisent : désormais, l'État ne salarie plus les cultes, il ne fournit pas les locaux dédiés à leur exercice, les communes ne peuvent pas acquérir des locaux pour l'exercice des cultes et l'État ne peut mettre en place un impôt qui viserait à financer le culte. Il y a désengagement total de l'État : les cultes devront trouver seuls les moyens matériels pour s'exercer. Le décret contient également des mesures venant limiter assez strictement l'exercice public du culte : aucune cérémonie ne peut avoir lieu hors des lieux de culte, les ministres du culte ne peuvent revêtir leurs habits religieux en public, une surveillance policière est instituée, les signes religieux et messages d'information relatifs aux cultes sont interdits dans l'espace public. Enfin, le dernier article du décret prévoit tout de même une mesure de protection des cultes en incriminant les comportements visant à troubler leur exercice ou outrager les objets du culte.

¹³² Discours de Boissy d'Anglas devant la Convention du 21 février 1795, disponible à l'adresse suivante :

<http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-moments-d-eloquence/boissy-d-anglas-21-fevrier-1795>

Ces dispositions, pour certaines, ressemblent fortement à ce qui sera prévu dans la loi de 1905. La dialectique proposée par Boissy d'Anglas évoque les principes qui seront ceux de la loi de Séparation : une « *tolérance éclairée* » à laquelle fait écho la « *garantie de l'exercice des cultes* » et une « *indépendance parfaite* » qui n'est pas sans similarité avec la séparation organique qui résultera de cette loi, tout comme le principe d'une liberté religieuse encadrée par l'ordre public. Les principes ainsi posés sont repris dans la Constitution de l'an III à l'article 354 : « *Nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. - Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun* ». Ces dispositions ne seront que peu appliquées. Une nouvelle période de déchristianisation s'ouvre avec le culte décadaire, remis au goût du jour par le Directoire dès 1797. Les relations avec le Pape sont rompues, et le schisme entre l'église constitutionnelle et l'église réfractaire génère de nombreux troubles qui contribuent à pousser Napoléon dans la voie d'un nouvel accord avec le Saint-Siège.

38. **Concordat.** Il le fait en 1801, par la signature d'un nouveau concordat qui, additionné des articles organiques –dont la validité n'a jamais été reconnue par le Saint-Siège–, entérine largement les dispositions de la Constitution civile du clergé, moyennant reconnaissance de la religion catholique comme celle de « *la majorité des français* ». Et c'est sur ce point que cet accord se distingue des précédents concordats : la religion catholique perd son statut de religion d'État, ce qui confirme la rupture opérée par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Les articles organiques ont permis d'organiser les cultes protestants –luthériens et calvinistes– sur les mêmes bases. Quant au culte juif, il faut attendre plusieurs décrets de

1808 pour qu'il bénéficie du statut identique, et un décret de 1831 pour que ses ministres bénéficient d'un traitement¹³³. Les cultes non-reconnus, quant à eux, doivent faire l'objet d'une autorisation avant de pouvoir être pratiqués¹³⁴. Le système des cultes reconnus fait bénéficier ceux-ci de certains avantages comme la mise à disposition de lieux de culte et un traitement des ministres du culte. En retour, une surveillance étroite et un encadrement poussé de l'exercice des cultes sont mis en place. D'une part, l'État intervient dans l'organisation du culte puisque le Premier Consul nomme les évêques qui reçoivent ensuite l'investiture canonique, que les évêques ne peuvent nommer que des curés agréés par le gouvernement, et que les ministres du culte prêtent serment de fidélité au gouvernement. D'autre part, tout est prévu pour que les cultes ne puissent pas interférer avec ce qui relève de la politique. En effet, la contrepartie des garanties apportées à l'exercice des cultes est que ceux-ci ne doivent pas s'ériger en force politique. C'est ainsi que les articles organiques de la convention du 26 messidor an IX prévoient que les actes pontificaux doivent faire l'objet d'une autorisation préalable avant d'être diffusés en France¹³⁵, que le culte ne peut s'exercer hors des lieux de

¹³³ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd/, 1923, pp. 264-265.

¹³⁴ Pour une présentation du régime des cultes reconnus et de l'ensemble des règles relatives aux cultes qui ont précédé la loi de Séparation : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 1900, p. 146 s.

¹³⁵ Convention du 26 messidor an IX, disponible sur le site internet « Legirel.cnrs.fr ». Art. 1er : « *Aucune bulle, bref, rescrit, décret, mandat, provision, signature servant de provision, ni autres expéditions de la Cour de Rome, même ne concernant que les particuliers, ne pourront être reçus, publiés, imprimés, ni autrement mis à exécution sans l'autorisation du Gouvernement* ».

culte¹³⁶, que les ministres du culte n'ont pas le droit de faire des publications étrangères au culte¹³⁷. Ils doivent respecter les compétences de l'État et ne pas tenter de lui faire concurrence. Le ministre du culte ne peut s'ériger en police judiciaire¹³⁸, il ne peut pas non plus concurrencer l'État dans la tenue des registres d'état civil¹³⁹, et il a interdiction formelle de célébrer un mariage qui n'a pas d'abord été célébré civilement¹⁴⁰. Ces deux dernières dispositions sont dans la continuité de ce qui s'est produit depuis l'édit de Tolérance qui crée un état civil laïcisé et un mariage civil pour permettre aux protestants de d'avoir un statut marital compatible avec leurs convictions. Par la suite, des infractions sont créées pour encadrer encore la liberté d'expression des ministres du culte dans le code pénal de 1810 qui comporte une section consacrée aux « *troubles apportés à l'ordre public par les ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère* ». Elle reprend en premier lieu l'interdiction de célébrer un mariage religieux avant un mariage civil, puis prohibe les discours et écrits pastoraux constitutifs de « *critiques, censures ou provocations dirigés contre l'autorité publique* ». Ainsi sont punis : le fait pour un

¹³⁶ *Ibid.* art. 45 : « *Aucune cérémonie religieuse n'aura lieu hors des édifices consacrés au culte catholique, dans les villes où il y a des temples destinés à différents cultes* ».

¹³⁷ *Ibid.* art. 51 : « *Les curés, aux prônes des messes paroissiales, prieront et feront prier pour la prospérité de la République française et pour les consuls* ».

¹³⁸ *Ibid.* art. 52 : « *Ils ne se permettront, dans leurs instructions, aucune inculpation directe ou indirecte soit contre les personnes, soit contre les autres cultes autorisés par l'État* ».

¹³⁹ *Ibid.* art. 55 : « *Les registres tenus par les ministres du culte, n'étant et ne pouvant être relatifs qu'à l'administration des sacrements, ne pourront, dans aucun cas, suppléer les registres ordonnés par la loi pour constater l'état civil des Français* ».

¹⁴⁰ *Ibid.* art. 54 : « *Ils ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil* ».

ministre du culte, durant ses fonctions, de critiquer le gouvernement ou tout acte de l'autorité publique¹⁴¹ ou de provoquer à la désobéissance ou d'inciter à une révolte armée¹⁴² et le fait d'entretenir une correspondance avec une puissance étrangère sans avoir bénéficié de l'autorisation du ministre chargé de la surveillance des cultes¹⁴³. Le régime concordataire reste en vigueur jusqu'à ce que la loi du 9 décembre 1905 y mette un terme.

39. **Utilité sociale de la religion.** L'idée d'une émancipation absolue du pouvoir politique met du temps à s'affirmer. Elle est encore concurrencée par celle de l'utilité sociale de la religion. Le régime des cultes reconnus, parce qu'il érige la pratique du culte en service public, traduit cette conviction. Elle trouve notamment une origine philosophique dans la pensée de John Locke : « *ceux qui nient l'existence d'un Dieu ne peuvent en aucune façon être tolérés. En effet, de la part d'un athée, ni la promesse, ni le contrat, ni le serment - qui forment les liens de la société humaine - ne peuvent être quelque chose de stable et de sacré ; à tel point que, l'idée même de Dieu supprimée, tous ces liens sont ruinés* »¹⁴⁴. Maurice Hauriou propose une justification plus pragmatique au maintien du concordat et d'un service public des cultes : les corporations religieuses ont une existence sociale et constituent un besoin exprimé par la population, en ce sens elles méritent d'être prises en compte par l'État¹⁴⁵. Ainsi que le

¹⁴¹ Art. 201 et 204 du Code pénal de 1810.

¹⁴² *Ibid.* art. 202 et 205.

¹⁴³ *Ibid.* art. 207.

¹⁴⁴ J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, traduction par Jean Le Clerc, Flammarion, 1992, p. 206

¹⁴⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 1900, p. 24.

souligne Jean-François Amedro, il y a un « *impensé* » de la séparation des églises et des États au XIX^e siècle qui résulte partiellement de cette idée selon laquelle la croyance est indispensable à la vie humaine¹⁴⁶. Cette conviction majoritaire explique pourquoi l'État oscille entre une démarche de substitution aux cultes et une démarche de soutien et de contrôle envers ceux-ci. L'idée selon laquelle « *le lien politique, pour être et pour être pensé, n'a pas besoin d'une référence à la forme préalable du lien religieux* »¹⁴⁷ doit cheminer encore avant d'aboutir.

40. **Vers la séparation des églises et de l'État.** L'idée d'une séparation organique de l'État et des cultes émerge et se développe durant le XIX^e siècle, particulièrement sous la Restauration et la monarchie de Juillet¹⁴⁸. A partir de 1830 Auguste Comte développe une pensée positiviste qui a largement inspiré la pensée laïque des Républicains. L'idée d'une séparation se développe également chez les catholiques libéraux et protestants, qui voient dans celle-ci un moyen de libérer leurs églises d'un contrôle qui permet à l'État de s'immiscer dans leurs affaires. C'est le moyen de leur redonner toute leur dignité et, peut-être, de vivifier la croyance des fidèles qui bénéficieront ainsi d'un rapport plus direct avec

¹⁴⁶ J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République*, thèse dactylographiée, p. 55 s.,

¹⁴⁷ C. KINTZLER, « Construire philosophiquement le concept de laïcité. Quelques réflexions sur la constitution et le statut d'une théorie », *Cités*, 2012, n^o 52, p. 51.

¹⁴⁸ Voir en ce sens l'ouvrage de J. LALOUETTE, *L'État et les cultes : 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005 ; J.-F. AMEDRO consacre également des développements aux différentes justifications se développant pour ou contre la séparation au XIX^e siècle dans sa thèse, *Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République*, thèse dactylographiée, p. 53 s.

leur église. Les libéraux, républicains et anticléricaux, sont de plus en plus nombreux à défendre des thèses séparatistes. Certains dénoncent un système qui oblige le citoyen qui n'en fait aucun usage personnel à financer l'exercice des cultes. D'autres soulignent l'inégalité profonde entre les croyances qui en résulte. De Broglie développe une thèse plus originale en estimant que plutôt qu'une séparation, une extension à l'ensemble des groupements religieux du système des cultes reconnus permettrait de rétablir l'égalité entre eux. Enfin, de plus en plus de théories inspirées du positivisme philosophique se développent et affirment que l'État a une mission d'une nature totalement différente de celle de la religion et doit, par conséquent, s'en détacher.

41. Ces éléments survolés permettent de constater les différentes logiques qui ont animé les rapports entre l'État et les cultes avant la loi de 1905 et qui se retrouveront plus ou moins dans celle-ci. Ces logiques sont souvent contradictoires : le contrôle de la religion, à travers le gallicanisme contraste avec l'affirmation libérale de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Ces mouvements contrastent eux-mêmes avec les politiques de déchristianisation. Ces dernières alternent ou coexistent avec l'idée d'utilité sociale de la religion, qui tantôt pousse l'État à créer sa propre forme religieuse, tantôt le pousse à reconnaître et protéger les cultes. Le point de convergence de l'ensemble réside dans une fervente volonté émancipatrice : l'État bâtit sa souveraineté. Concept absolu et indivisible, il ne supporte plus de partager celle-ci et cherche à mettre fin à l'influence politique de la religion catholique en tâtonnant à travers ces différentes logiques. *A minima*, émanciper l'État signifie pour lui reprendre le contrôle des missions régaliennes et organiser la pratique du culte, *a maxima* elle signifie une rupture complète avec la religion,

celle-ci ne devant plus exercer la moindre influence sur le pouvoir ni sur la population dont il émane. Les lois laïques opéreront une synthèse de ces différentes logiques.

II. UNE FONCTION EXPRIME PAR LA CONSTRUCTION JURIDIQUE DE LA LAÏCITE

42. Compte-tenu des éléments historiques qui viennent d'être développés, il est difficile d'établir un acte de naissance juridique de la laïcité française. Comme philosophie du pouvoir ses racines sont anciennes et elle a inspiré des textes également anciens. L'idée d'un projet politique visant à séparer l'État des cultes y était alors secondaire : il s'agissait plutôt d'affirmer l'autorité de l'État, l'égalité entre les cultes, la liberté de conscience... L'idée de la laïcité comme principe organique, comme mode d'exercice du pouvoir, n'est juridiquement affirmée que dans le dernier quart du XIX^e. Selon Jean Rivero, la laïcité est ainsi entrée par la « *petite porte* » d'un service public parmi les autres : l'enseignement¹⁴⁹. C'est en effet la première fois que le terme est employé à l'appui de l'organisation d'un service public auparavant assuré par des groupements religieux et c'est la première des « séparations partielles » (A). Elle précède de quelques décennies la loi du 9 décembre 1905, qui généralise la séparation des églises et de l'État (B). Les textes qui viennent compléter ultérieurement l'ensemble de ce dispositif confirment également cette fonction émancipatrice de la laïcité (C).

¹⁴⁹ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, p. 137.

A. LES LOIS SCOLAIRES

43. L'enseignement n'est jamais une mission anodine pour un État. C'est dans ce cadre que se transmettent en premier lieu les valeurs publiques, c'est dans ce cadre que sont formés les futurs citoyens. Quelle que soit la teneur qui est donnée à cet enseignement, il est rarement délaissé par les pouvoirs publics. En ce sens, l'idée d'un enseignement public se développe dans la période post révolutionnaire à mesure que le pouvoir se sécularise. Sa nécessité est déjà évoquée par Victor Hugo en 1850, lors des débats sur la loi Falloux :

*« L'enseignement primaire obligatoire, c'est le droit de l'enfant qui, ne vous y trompez pas, est plus sacré encore que le droit du père, et qui **se confond avec le droit de l'État** (...) Je ne veux pas vous confier l'enseignement de la jeunesse, l'âme des enfants, le développement des intelligences neuves qui s'ouvrent à la vie, l'esprit des générations nouvelles, c'est à dire **l'avenir de la France** »¹⁵⁰.*

Il déplore alors le fait que l'État fasse le choix de laisser la mission éducative au clergé, implorant de ses vœux la création d'une école républicaine laïque :

¹⁵⁰ V. HUGO, Discours à l'Assemblée nationale du 15 janvier 1850, in J. HETZEL, A. QUANTIN (éd.), *Œuvres complètes de Victor Hugo. Actes et paroles 1*, 1882, p. 341.

« Je veux, je le répète et je le résume en un mot, ce que voulaient nos pères : l'Église chez elle, et l'État chez lui »¹⁵¹.

44. C'est pourtant une trentaine d'années plus tard que la mise en place d'une école publique, gratuite et laïque débute. Elle passe par un ensemble fourni de textes¹⁵² qui concernent les différents degrés d'enseignement, l'ensemble étant par ailleurs réparti entre un enseignement pour garçon et un enseignement pour fille dont les prérequis n'étaient pas exactement les mêmes. La loi Camille Sée du 21 décembre 1880 crée un enseignement secondaire public pour fille dont le programme ne prévoit qu'un enseignement moral et civique, l'enseignement religieux pouvant être assuré à l'école mais en dehors des heures de classe¹⁵³. La loi du 16 juin 1881 fait obligation aux personnes souhaitant enseigner d'avoir le brevet de capacité. Cette loi revenait alors sur l'exemption prévue pour le personnel congréganiste depuis 1850 grâce au système de la lettre d'obédience. Le même jour une autre loi rend l'école primaire publique gratuite. Un décret du 24 décembre 1881 supprime l'enseignement religieux obligatoire au sein de l'enseignement secondaire des garçons pour le remplacer par un enseignement facultatif, en dehors des heures de classe. La loi du 28 mars 1882 rend l'école primaire obligatoire, et laïque en ce qu'elle supprime l'enseignement religieux pour le remplacer par un enseignement moral et

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 348.

¹⁵² Sur la question scolaire et les lois scolaires, voir P. ROBIQUET, (dir.), *Discours et opinions de Jules Ferry*, Armand Colin, 7 tomes publiés entre 1893 et 1898, particulièrement les tomes 3 et 4 qui contiennent les allocutions liées aux lois scolaires, y compris les débats parlementaires, ainsi que d'utiles résumés législatifs rédigés par l'auteur.

¹⁵³ Art. 4 et 5 de la loi.

civique. La gratuité n'est pas une mesure anodine : elle est clairement le moyen de reprendre le contrôle sur les esprits de la jeunesse française en incitant les parents à placer leurs enfants dans les écoles de la République¹⁵⁴. L'article 2 de la loi de 1882 prévoit que les écoles primaires vaqueront un jour par semaine pour que les enfants puissent recevoir l'instruction religieuse. La loi Goblet du 30 octobre 1886 réserve l'enseignement public à un personnel laïque¹⁵⁵. En ce sens, les lois scolaires sont bien « anticléricales » et, comme l'indique Yves Gaudemet, proposent « *une laïcité ramenée à ce qu'elle doit être : un principe organique, un principe d'organisation, ici l'organisation d'un service public particulier, l'instruction publique, par l'État, en marge de toutes religions et affirmant à l'égard de celles-ci un simple principe de neutralité* ». Les lois Ferry sont, selon lui, « *le préalable de l'État laïque, ici dans le domaine de l'instruction publique ; et c'est l'immense mérite de Jules Ferry d'avoir compris et imposé cette conception organique de la laïcité* »¹⁵⁶. L'intention du législateur est tout de même de rechercher dans l'école publique le moyen pour l'État d'affirmer son autorité.

45. En effet, les lois scolaires sont le résultat d'un projet porté par le Ministre de l'Instruction publique Jules Ferry, qui avait décidé près d'une décennie plus tôt d'y consacrer son énergie :

¹⁵⁴ Voir en ce sens P.-H. PRELOT, « La liberté de l'enseignement dans la séparation des Églises et de l'État (1879-1905) », *RDP*, 2006, n°3, p. 617.

¹⁵⁵ Art. 13 : « *Dans les écoles publiques de tout ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque* ». La question de l'enseignement par des ministres du culte ou des congréganistes fera l'objet de raidissements législatifs et jurisprudentiels qui seront eux-mêmes largement abandonnés dans la seconde partie du XXème siècle.

¹⁵⁶ Y. GAUDEMET, « Liberté religieuse, laïcité, liberté d'enseignement », *RFDA*, 2021, p. 241.

*« entre toutes les nécessités du temps présent, entre tous les problèmes, j'en choisirai un auquel je consacrerai tout ce que j'ai d'intelligence, tout ce que j'ai d'âme, de cœur, de puissance physique et morale, c'est le problème de l'éducation du peuple »*¹⁵⁷. Il s'est ainsi beaucoup exprimé au sujet de l'école publique et de son rôle. Ses allocutions laissent peu de doutes quant à ce dernier : il érige volontiers l'éducation en enjeu essentiel de pérennisation du régime démocratique :

*« l'inégalité d'éducation est le plus grand obstacle que puisse rencontrer la création de mœurs vraiment démocratiques (...) je vous défie de faire jamais de ces deux classes une nation égalitaire, une nation animée de cet esprit d'ensemble et de cette confraternité d'idées qui font la force des vraies démocraties, si, entre ces deux classes, il n'y a pas eu le premier rapprochement, la première fusion qui résulte du mélange des riches et des pauvres sur les bancs de quelque école »*¹⁵⁸.

C'est également dans la volonté de l'éloigner de l'église pour la rapprocher de la République que Jules Ferry place la nécessité d'assurer à la femme la même éducation qu'à l'homme :

« Aujourd'hui il y a une lutte sourde, mais persistante, entre la société d'autrefois, l'ancien régime avec son édifice de regrets, de croyances et d'institutions qui n'acceptent pas la démocratie moderne, et la société qui

¹⁵⁷ J. FERRY, « De l'égalité d'éducation », Conférence donnée à la salle Molière le 10 avril 1870, impression numérisée de l'allocution disponible sur Gallica.

¹⁵⁸ *Ibid.*

procède de la Révolution française (...) Or, dans ce combat, la femme ne peut pas être neutre (...) C'est pour cela que l'Église veut retenir la femme, et c'est aussi pour cela qu'il faut que la démocratie la lui enlève ; il faut que la démocratie choisisse, sous peine de mort ; il faut choisir, Citoyens, il faut que la femme appartienne à la science, ou qu'elle appartienne à l'Église »¹⁵⁹.

L'enseignement moral qui est désormais proposé n'a pas, selon Jules Ferry, vocation à être neutre au sens absolu du terme. Il transmet des valeurs qui ne s'opposent pas nécessairement aux valeurs religieuses, voire leur sont communes, mais dont le but est bien de conforter le régime. Selon Lucien Jaume, « *Jules Ferry avait promis la neutralité confessionnelle, mais non, selon son expression, la neutralité politique ou philosophique. Devant les instituteurs, il confirme que l'école fera aimer la République et la Révolution : la laïcité enseignée est la défense d'un régime, doté de valeurs universelles à travers les droits de l'homme* »¹⁶⁰.

46. La laïcisation de l'école est remarquable par le caractère viscéral que la question scolaire a eu et conservera dans le débat politique. Elle constitue une séparation parmi d'autres. L'émancipation du pouvoir politique passe par l'étatisation, à partir de la fin du XVIII^e siècle et durant le XIX^e siècle, de services publics dont la mission était assurée par des groupements culturels. C'est là un enjeu important de l'affermissement du pouvoir étatique. Ce mouvement débute avec l'édit de Tolérance qui crée en 1787 un état civil

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ L. JAUME, « La laïcité selon Jules Ferry », *Commentaire*, 2016, n° 155, p. 591.

laïcisé¹⁶¹. Mariage¹⁶², funérailles¹⁶³, santé¹⁶⁴ sont des secteurs peu à peu réinvestis par l'État car il y voit des domaines clés de la vie quotidienne des citoyens qui ne doivent pas relever de l'influence extérieure. Ainsi que l'a souligné Ferdinand Buisson, « *Toute société qui ne veut pas rester à l'état de théocratie pure est bien obligée de constituer comme forces distinctes de l'Église, sinon indépendantes et souveraines, les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire* »¹⁶⁵. Ces séparations vont ainsi clairement dans le mouvement d'émancipation du pouvoir. Elles constituent des séparations sectorielles des églises et de l'État dans l'attente d'une séparation complète.

B. LA LOI DE SEPARATION DES EGLISES ET DE L'ÉTAT

47. **Genèse.** A partir de 1867, la séparation des églises et de l'État devient un sujet de débat politique récurrent, largement défendu par les républicains qui en font désormais mention dans leurs programmes politiques. La propagande des associations et élus libres penseurs à partir de la fin des années

¹⁶¹ La Constitution de 1791 prévoit de retirer aux curés les registres des naissances, mariages et décès et sécularise le mariage, disposant qu'il s'agit d'un « contrat civil ». Le décret du 20 septembre 1792 sur le divorce rend effectif ce changement tout en prévoyant également la possibilité de dissoudre les liens du mariage, ce qui correspond à l'idée de prohiber les engagements perpétuels contraires à l'idée de la liberté qui règne à cette époque. Voir notamment : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 1900, p. 150.

¹⁶² Art. 7 de la Constitution de 1791 ; décret des 20-25 septembre 1792.

¹⁶³ La loi 15 juillet 1893 crée le service public de l'assistance.

¹⁶⁴ La loi du 14 novembre 1881 supprime les carrés confessionnels dans les cimetières ; la loi du 17 novembre 1887 instaure la liberté des funérailles.

¹⁶⁵ F. BUISSON, *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, partie 1, tome 2, 1888, entrée « laïcité », p. 167.

1870, soutenue par les francs-maçons et par certains radicaux, se fait de plus en plus intense. L'arrivée au pouvoir des républicains quelques décennies plus tard, après la démission de Mac-Mahon, n'emporte pas immédiatement le retour de la question séparatiste. Ils craignent alors que l'église, libérée de l'emprise de l'État, ne représente un concurrent trop puissant. Ils préfèrent alors maintenir un concordat qui a le mérite de faciliter le contrôle de l'État sur cette puissance qu'ils redoutent. A partir de 1903 les relations diplomatiques avec le Vatican se tendent et sont complètement rompues en 1904¹⁶⁶. En 1903 la commission sur la séparation est mise en place au Parlement sous la présidence de Ferdinand Buisson. Elle a pour rapporteur Aristide Briand, et sa mission est d'examiner les différentes propositions de loi relatives à la séparation des églises et de l'État. Plusieurs propositions ont été étudiées, parmi lesquelles celle de Francis de Pressensé qui a largement inspiré l'avant-projet d'Aristide Briand. C'était la proposition la plus libérale, mais elle consacrait également une rupture radicale entre l'État et les églises : suppression des aumôneries dans les services publics, pas de mise à disposition gratuite des lieux de culte. L'avant-projet de Briand comportait lui aussi des dispositions allant dans le sens d'une séparation plutôt radicale. Un processus de modification avait été mis en route à la suite de l'arrivée d'un projet de loi de séparation d'origine gouvernementale, le projet Combe, processus avorté par la démission du gouvernement Combe en janvier 1905. Le gouvernement Rouvier remet lui aussi un projet, rédigé par le ministre des Cultes Jean-Baptiste Bienvenu-Martin, mais souhaite entretenir une collaboration étroite avec la

¹⁶⁶ L'ambassade de France au Vatican est fermée le 25 novembre 1904. Voir J. LALOUILLE, *L'État et les cultes : 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005, ch. III.

commission parlementaire. Il en résulte un projet qui reprend largement l'avant-projet de Briand tout en incluant également des idées issues du projet Bienvenu-Martin. C'est à partir de ce projet définitif que la discussion de la loi de Séparation s'engage en mars 1905.

48. **Une double séparation révélatrice de la fonction de la laïcité.**
La loi de 1905 propose finalement une séparation organique de l'État et des cultes dont le principe est contenu dans l'article 2 :

« La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1er janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes ».

Ainsi les cultes se forment et s'exercent librement. Ceci constitue une véritable rupture dans l'Histoire des rapports entre l'État et les cultes. L'État ne donnera pas non plus aux cultes les moyens de leur fonctionnement. Le service public des cultes est supprimé puisque ceux-ci deviennent des groupements privés. Plus qu'une simple abstention de l'État, la loi de 1905 fait en sorte d'encadrer les cultes afin qu'ils ne puissent donner cours à des velléités politiques. En ce sens elle entend distinguer clairement la sphère d'action de l'État et celle des cultes. Cette idée de séparation fonctionnelle entre l'État et les cultes est fondamentale pour comprendre la fonction de la laïcité en France. La séparation organique seule peut exprimer différentes choses : un « agnosticisme » de l'État, une intention libérale. Le fait en revanche d'avoir prévu que les cultes ne devraient pas sortir de leur domaine pour

empiéter sur celui de l'État rappelle que c'est bien une question de pouvoir qui sous-tend toute la question laïque. Avant d'en préciser les exigences en 2013¹⁶⁷, le Conseil constitutionnel a précisé la fonction de la laïcité constitutionnelle qui est bien d'assurer la primauté de l'ordre étatique sur l'ordre religieux :

« les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes desquelles « la France est une République laïque », qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »¹⁶⁸.

49. La loi contient aussi une police des cultes dont la particularité est d'opérer une séparation entre deux champs afin qu'ils ne se mélangent pas : le politique et le religieux. Si d'un côté ceci implique que l'État ne s'occupe pas de la religion, cela implique de l'autre côté que la religion ne s'occupe pas des affaires de l'État. La frontière est difficile à poser, il ne s'agit pas d'interdire aux cultes toute forme d'action à visée politique : ils disposent de l'ensemble des libertés qui leur permettent de faire valoir leurs conceptions et sont écoutés, comme familles de pensées, par les pouvoirs publics. En revanche, la volonté ferme du législateur dans la loi de 1905 a été de mettre un frein à toute activité politique de leur part.

¹⁶⁷ Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*.

¹⁶⁸ Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, § 18.

50. **Un mécanisme incitatif : les associations culturelles.** Le législateur de 1905 a ainsi entendu transférer les biens affectés aux cultes datant d'avant la loi à des associations particulières : les associations culturelles –article 4 de la loi de 1905¹⁶⁹. La constitution de ces associations est prévue au titre IV de la loi de Séparation. L'article 19 dispose que « *Ces associations devront avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte* ». Le juge administratif a veillé au respect de cette condition. Dans une décision de 1986, le Conseil d'État estime que l'association ayant notamment « *pour but « de guérir en soutenant la vérité telle qu'elle est révélée dans la bible et interprétée dans Science et Santé avec la clef des écritures par Mary X... Eddy* » »¹⁷⁰ n'a pas pour unique objet l'organisation du culte et par suite ne peut pas être considérée comme une association culturelle. Dans une décision du 29 octobre 1990 il estime que l'association culturelle de l'église apostolique arménienne de Paris, qui a entre-autre pour but « *de promouvoir la vie spirituelle, éducative, sociale et culturelle de la communauté arménienne* »¹⁷¹, n'a pas non plus pour objet exclusif le culte. Le statut d'association culturelle ouvrant droit à certains avantages¹⁷², il faut y voir un mécanisme incitant les

¹⁶⁹ « *Dans le délai d'un an, à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui, en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les prescriptions de l'article 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements.* »

¹⁷⁰ CE, 6 juin 1986, n° 56497, *Association culturelle Troisième Église du Christ Z... Paris*.

¹⁷¹ CE, 29 octobre 1990, n° 86973.

¹⁷² Cf. *infra* § 403.

associations religieuses à ne pas déborder de leur objet cultuel. Les contentieux en la matière ont montré que les associations cultuelles ne pouvaient pas être reconnues comme telles et assurer des missions qui peuvent par ailleurs relever de missions de service public à l'instar de la santé ou de l'éducation¹⁷³. Aussi faut-il y voir la suite logique du mouvement initié par l'État depuis le transfert des registres d'état civil aux maires et qui s'est prolongé durant le XIX^e siècle par une réappropriation progressive des services publics.

51. **Des mécanismes répressifs.** Le fait de contrevenir aux articles 18 à 22 de la loi de 1905, qui organisent les associations cultuelles, peut engager la responsabilité pénale des directeurs et administrateurs d'une association cultuelle ainsi que le prévoit l'article 23¹⁷⁴. D'autres dispositions de la loi de 1905 traduisent cette volonté de borner la religion à des fonctions liées au culte : l'article 26 interdit la tenue de réunions politiques dans les lieux de culte¹⁷⁵. L'article 34 punit l'outrage ou la diffamation envers un citoyen chargé d'un service public commis par un ministre du culte au sein d'un lieu de culte¹⁷⁶.

¹⁷³ La question des associations cultuelles dans son ensemble fera l'objet de développements plus significatifs : cf. *infra* § 402 s.

¹⁷⁴ Loi du 9 décembre 1905, article 23 : « *Seront punis d'une amende prévue par le 5^o de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la 5^{me} classe, et, en cas de récidive, d'une amende double, les directeurs ou administrateurs d'une association ou d'une union qui auront contrevenu aux articles 18,19,20,21 et 22.*

Les tribunaux pourront, en outre, dans tous les cas prévus au paragraphe 1er du présent article, prononcer la dissolution de l'association ou de l'union ».

¹⁷⁵ « *Il est interdit de tenir des réunions politiques dans les locaux servant habituellement à l'exercice d'un culte* ».

¹⁷⁶ « *Tout ministre d'un culte qui, dans les lieux où s'exerce ce culte, aura publiquement par des discours prononcés, des lectures faites, des écrits*

Enfin, l'article 35 punit l'incitation à résister à l'exécution des lois ou à armer une partie de la population¹⁷⁷. Ce dernier article est plus original car, si l'article 34 peut être rapproché de l'article 31 de la loi sur la presse¹⁷⁸, l'article 35 pour sa part punit un comportement qui n'est par ailleurs pas incriminé. En effet, comme le souligne le professeur Forey, seule la provocation à commettre des crimes et délits suivie d'effet est punie par la loi sur la presse. En ce sens « *ces infractions ont été prévues dans le but de tenir à l'écart du champ politique et d'éviter que les autorités religieuses ne viennent perturber le fonctionnement des organes étatiques (...) il faut sans doute y*

distribués ou des affiches apposées, outragé ou diffamé un citoyen chargé d'un service public, sera puni d'une amende de 3 750 euros. et d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une de ces deux peines seulement.

La vérité du fait diffamatoire, mais seulement s'il est relatif aux fonctions, pourra être établi devant le tribunal correctionnel dans les formes prévues par l'article 52 de la loi du 29 juillet 1881. Les prescriptions édictées par l'article 65 de la même loi s'appliquent aux délits du présent article et de l'article qui suit».

¹⁷⁷ « *Si un discours prononcé ou un écrit affiché ou distribué publiquement dans les lieux où s'exerce le culte, contient une provocation directe à résister à l'exécution des lois ou aux actes légaux de l'autorité publique, ou s'il tend à soulever ou à armer une partie des citoyens contre les autres, le ministre du culte qui s'en sera rendu coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, sans préjudice des peines de la complicité, dans le cas où la provocation aurait été suivie d'une sédition, révolte ou guerre civile ».*

¹⁷⁸ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 31 : « *Sera punie de la même peine, la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers le Président de la République, un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.*

La diffamation contre les mêmes personnes concernant la vie privée relève de l'article 32 ci-après ».

voir une manifestation d'anticléricalisme de la part du législateur »¹⁷⁹.

52. Les dispositions de la loi de 1905 mettent ainsi en place des mécanismes visant à cantonner les cultes dans un domaine strictement religieux -associations cultuelles- et des mécanismes visant à sanctionner les empiétements du religieux sur le politique qui confirment la fonction émancipatrice de la laïcité française. Aussi, dans le rapport sur le projet de loi de séparation des églises et de l'État, Aristide Briand écrit-il « *depuis trente-cinq ans la société laïque a marché, d'un pas mesuré mais sûr, vers son émancipation définitive* »¹⁸⁰. Elle institue une séparation organique entre les églises et l'État, et plus encore, une séparation fonctionnelle entre les missions de l'État et celles de l'église. Concluant le rapport sur la séparation des églises et de l'État, Aristide Briand s'adresse aux parlementaires à propos du projet : « *en le votant, vous ramènerez l'État à une plus juste appréciation de son rôle et de sa fonction ; vous rendrez la République à la véritable tradition révolutionnaire et vous aurez accordé à l'Église ce qu'elle a seulement le droit d'exiger (...)* »¹⁸¹. Cette fonction est réaffirmée chaque fois qu'il est question de voter des textes relatifs aux rapports entre l'État et les cultes.

¹⁷⁹ E. FOREY, *État et institutions religieuses*, 2007, PUF, p. 162

¹⁸⁰ A. BRIAND, rapport n° 2302 fait au nom de la commission relative à la séparation des églises et de l'État et à la dénonciation du concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État, 1905, p. 90.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 126.

C. LES TEXTES ULTERIEURS

53. Ainsi que le Professeur Jacques Robert a pu l'écrire, « *une vigilance s'impose contre toute prétention d'une religion -ou de plusieurs agissant ensemble- à vouloir exercer une sorte de magistère moral sur la société* »¹⁸². Cette finalité est constamment réaffirmée dans les textes qui viennent enrichir le cadre posé par la loi de 1905.
54. **Lutte contre l'intégrisme.** C'est particulièrement face au développement du terrorisme fondé sur l'intégrisme religieux et les vellétés politiques qui l'accompagnent que certains États, dont la France, ont cherché à traiter certains rapports de l'individu à sa foi comme un problème¹⁸³. Les politiques et mesures de lutte contre la radicalisation religieuse peuvent-être considérées comme autant de moyen de lutter contre des pratiques inspirées par la religion qui pourraient empiéter sur le domaine politique¹⁸⁴. La formule n'est pas complètement nouvelle et fait écho aux politiques de déchristianisation de la période postrévolutionnaire. A partir de 2014 le gouvernement multiplie les plans et mesures visant à lutter ou à prévenir la radicalisation. L'ajout par la loi sur la sécurité intérieure¹⁸⁵ d'un article L. 227-1 au Code de la sécurité intérieure permettant au préfet d'ordonner « *aux seules fins de*

¹⁸² J. ROBERT, « La liberté religieuse », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 629.

¹⁸³ Assimilé à un problème de santé publique, la lutte contre la radicalisation emprunte au vocabulaire et aux méthodes médicales. Voir en ce sens P. CHASSIGNOLLES, « Contre la radicalisation », *Archives de politique criminelle*, 2016/1, n° 38, pp. 137-148.

¹⁸⁴ Cf. *infra* § 433 s.

¹⁸⁵ Loi du 30 octobre 2017, n° 2017-1510, *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*.

prévenir la commission d'actes de terrorisme » la « fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes » contribue à mettre un frein à des pratiques religieuses à visée politique. Ce dispositif a été complété par la loi confortant le respect des principes de la République¹⁸⁶ qui permet également la fermeture administrative, à titre temporaire, « des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes ou tendent à justifier ou à encourager cette haine ou cette violence »¹⁸⁷.

55. **Lutte contre les séparatismes.** Ce souci de distinction entre le domaine religieux et le domaine politique semble être devenu -ou redevenu- un élément important des politiques publiques désormais. L'année 2021 a été l'occasion de voter un texte à l'ambition nébuleuse de « *lutter contre le séparatisme* », défini par le Président de la République comme « *un projet conscient, théorisé, politico-religieux, qui se concrétise par des écarts répétés avec les valeurs de la République, qui se traduit souvent par la constitution d'une contre-société et dont les manifestations sont la déscolarisation des enfants, le développement de pratiques sportives, culturelles communautarisées qui sont le prétexte pour l'enseignement de*

¹⁸⁶ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République.

¹⁸⁷ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République, art. 74.

principes qui ne sont pas conformes aux lois de la République. C'est l'endoctrinement et par celui-ci, la négation de nos principes, l'égalité entre les femmes et les hommes, la dignité humaine. Le problème, c'est cette idéologie, qui affirme que ses lois propres sont supérieures à celles de la République »¹⁸⁸. Ceci a donné lieu à la loi confortant le respect des principes de la République¹⁸⁹ qui tente d'opérer un réajustement de la séparation fonctionnelle entre le religieux et le politique par des mesures visant à renforcer le contrôle des activités associatives, celui des écoles privées et à limiter le recours à l'enseignement à domicile¹⁹⁰.

56. La fonction de la laïcité française ne peut se comprendre qu'au regard de l'Histoire nationale et du projet politique auquel elle correspond : celui d'une émancipation du pouvoir politique à l'égard du pouvoir religieux, qui passe donc par la séparation organique des églises et de l'État, mais pas seulement : ce projet politique fonde plus globalement des dispositions et une police des cultes et des comportements religieux dont l'ambition est de maintenir une distinction entre la sphère religieuse et la sphère politique. Ce n'est pas seulement une question de compétence, mais bien également une question de pouvoir, et c'est pourquoi la fonction émancipatrice de la laïcité est sans cesse réaffirmée au travers de textes qui répondent à l'évolution du contexte religieux français. La laïcité a été et reste le produit d'un contexte religieux sans lequel elle ne peut être complètement appréhendée.

¹⁸⁸ E. MACRON, discours aux Mureaux, 2 octobre 2020.

¹⁸⁹ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*.

¹⁹⁰ *Cf. infra* § 415 s.

CHAPITRE II

LE CONTENU DES NOTIONS D'ORDRE

PUBLIC ET DE LAÏCITE

57. La laïcité et l'ordre public renvoient à un contenu distinct mais revêtant une caractéristique commune : il est délicat à saisir. Cette difficulté tient à des raisons qui sont propres à chaque notion. Le contenu de l'ordre public apparaît comme étant, par nature, insaisissable (section première) quand celui de la laïcité n'est pas nécessairement impossible à déterminer, mais cette détermination est perturbée par le caractère éminemment polémique de la notion (section seconde).

SECTION PREMIERE. LE CONTENU EVANESCENT DE L'ORDRE PUBLIC

58. Dans les différentes disciplines juridiques, les manuels présentent l'ordre par son contenu plus que par une définition fonctionnelle¹⁹¹. Si une telle présentation est intéressante, elle n'en constitue pas moins une « *gourmandise intellectuelle* »¹⁹². Camille Drouiller pose la question et lui apporte une réponse : « *peut-on définir l'ordre public par son contenu ? La réponse est négative* »¹⁹³. En effet, l'identification du contenu de l'ordre public est à la fois difficile (I) et vaine (II).

I. UN CONTENU PARTIELLEMENT IDENTIFIABLE

59. L'ordre public étant « *autant textuel que virtuel* »¹⁹⁴, la détermination de son contenu est délicate. En effet, elle se heurte à une vraie limite tenant à son insaisissabilité partielle. Si une partie du contenu de l'ordre public est révélée par les textes (A), il semble que ceci ne représente que la partie émergée de la notion, dont la matière peut sans cesse être modifiée (B).

¹⁹¹ Voir par exemple : M. LOMBARD, G. DUMONT, J. SIRINELLI, *Droit administratif*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2019, p. 363.

¹⁹² B. BONNET, « De l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 124.

¹⁹³ C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, thèse dactylographiée, p. 62, § 39.

¹⁹⁴ P. DEUMIER, T. REVET, « Ordre public », in D. ALLAND (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2010, p. 1121.

A. UN ORDRE PUBLIC TEXTUEL ECLATE

60. La première des difficultés qu'implique l'identification du contenu de l'ordre public est que même lorsqu'il est textuellement prévu, il relève de dispositions multiples. Son recensement impliquerait d'en rechercher l'expression dans l'ensemble des sources juridiques. La tâche est ardue lorsque l'on s'en tient aux sources internes (1), elle l'est rendue davantage encore par la multiplication des sources internationales (2).

1. LES SOURCES INTERNES

61. **La constitution.** Pour certains auteurs, la Constitution est la source privilégiée de l'ordre public. Norme fondamentale « *qui forme un ensemble juridique d'ordre public* »¹⁹⁵, elle définit les principes fondamentaux, tant matériels qu'institutionnels, de l'ordre juridique dans la mesure où elle « *organise l'État de façon qu'il soit garant de la paix civile et sociale* »¹⁹⁶. Elle contient en effet un certain nombre de principes et valeurs qui fondent l'association politique. Pourtant on doit constater qu'affirmer que son contenu est d'ordre public n'est pas très éclairant. Il y a certes dans la Constitution tout un ensemble de dispositions servant à assurer le bon fonctionnement des institutions suffisamment précises pour qu'une portée impérative leur soit directement reconnue, mais il y a beaucoup de dispositions vagues qui, en l'absence de relais normatifs inférieurs, sont dépourvues de

¹⁹⁵ G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution » *in* R. SEVE (dir.), *L'ordre public*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 58, 2015, p. 201.

¹⁹⁶ *Ibid.*

toute portée. C'est alors bien la présence de ces relais qui leur confère une portée impérative. La norme impérative peut en réalité se retrouver à tous niveaux de la hiérarchie juridique tant qu'elle a besoin de s'y manifester sans qu'elle n'en soit moins fondamentale¹⁹⁷.

62. **La loi.** La majorité des dispositions relevant de l'ordre public se situe dans la loi. La norme la plus emblématique en la matière est la loi pénale, « *branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique, la peine, est prononcée au nom de la société, suite à un trouble à l'ordre public causé par la transgression d'une norme tenue pour essentielle* »¹⁹⁸. Mais l'ordre public ne se résume pas à la loi pénale puisque l'impérativité d'une norme ne se manifeste pas que par la sanction pénale mais également par d'autres types de sanctions juridiques. On trouve des normes d'ordre public dans toutes les branches du droit. Un inventaire exhaustif ne serait ni intéressant, ni pertinent, mais on peut toutefois mentionner quelques exemples pour illustrer le propos : les articles 16 et suivants du Code civil groupés au sein du chapitre sur « le respect du corps humain » relèvent tous de l'ordre public¹⁹⁹ ; l'article L. 1121-10 du Code de la santé publique dispose que « *les dispositions du présent article sont d'ordre public* », formulation que l'on retrouve à l'article L. 111-8 du Code de la consommation ou encore à l'article L. 411-14 du Code rural et de la pêche maritime.

¹⁹⁷ E. PICARD, « Introduction générale », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 2001, pp. 39-40

¹⁹⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2000, n°2, p. 1.

¹⁹⁹ Puisqu'aux termes de l'article 16-9 du Code civil : « *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ».

63. **Le règlement.** Il y a des dispositions d'ordre public qui n'ont que valeur réglementaire. C'est le cas des dispositions réglementaires qui prévoient des infractions de nature contraventionnelle. On en trouve dans la partie réglementaire de la plupart des codes. C'est également, et le caractère dispersé du contenu de l'ordre public ressort alors avec beaucoup d'évidence, dans les nombreux règlements de issus de chefs d'établissement ou d'autorités de police que l'on pourra trouver des dispositions impératives. Bien plus que les sources législatives, cette possibilité de retrouver l'ordre public dans des sources réglementaires fait de son recensement matériel exhaustif une tâche qui n'est pas la moins ardue qui soit. La difficulté ne va pas en s'allégeant au regard de la place croissante des sources internationales dans l'ordonnement juridique.

2. LES SOURCES INTERNATIONALES

64. **L'internationalisation du droit** a naturellement impliqué l'émergence dans ces ordres juridiques d'un contenu assimilable à l'ordre public. Ainsi, le développement de l'ordre juridique international est allé de pair avec l'apparition de notions telles que le *jus cogens* ou les obligations *erga omnes* qui ressemblent aux manifestations internes de l'ordre public. A la nullité des contrats prévue à l'article 6 du Code civil répond la nullité des conventions internationales portant atteinte au *jus cogens*. Le professeur Latty estime qu'il s'agit d'une « *transposition analogique en droit international de la notion interne d'ordre public* »²⁰⁰.

²⁰⁰ F. LATTY, « L'ordre public international » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le

65. **Le droit européen** n'échappe pas au développement corrélatif d'un ordre public qui lui est propre. Les ordres juridiques européens étant de plus en plus développés, les manifestations d'un ordre public européen en sont d'autant plus certaines et plus abouties. Il faut distinguer l'ordre juridique européen des droits de l'Homme, issu du Conseil de l'Europe, de l'ordre juridique issu de l'Union européenne, qui sont largement distincts. La CEDH, a affirmé l'existence d'un ordre public européen en 1961 : « *en concluant la Convention, les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe tels que les énonce le statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit* »²⁰¹. Elle ne cesse de rappeler que la CESDH est l'« *instrument de l'ordre public européen* »²⁰².
66. **Influence sur l'ordre public national.** Évidemment, la complexification des sources juridiques et des rapports entre elles n'aide pas à avoir une vision plus claire du contenu de l'ordre public, car en plus d'être distinct, l'ordre public supranational exerce une tension à l'égard de l'ordre public national. En effet, plus les compétences attribuées à une organisation internationale sont importantes, plus l'effet de

Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 21 s.

²⁰¹ Com. EDH, 11 janvier 1961, n° 788/60, *Autriche c. Italie*.

²⁰² CEDH, 28 juillet 1998, n° 15318/89, *Loizidou c. Turquie*.

« *contagion* »²⁰³ du droit qui s’y rattache à l’égard de l’ordre public national le sera. C’est donc d’autant plus vrai pour le droit de l’Union européenne qu’il est intégré à l’ordre juridique national et que le droit dérivé est d’effet direct. Les objectifs poursuivis par les traités européens peuvent entrer en conflit avec l’ordre public national et « *les États membres, auteurs des traités relatifs à l’UE, ont dès l’origine eu conscience de la nécessité de concilier les libertés de circulation prévues par le traité et le respect de la compétence des États pour préserver leur ordre public national* »²⁰⁴. Les traités européens permettent des réserves d’ordre public, mais des dispositions de droit dérivé viennent encadrer le recours à ces réserves et la CJUE exerce dessus un contrôle de nécessité et de proportionnalité. Elle rappelle que ces réserves doivent être entendues strictement²⁰⁵. Cela signifie que toutes les réserves d’ordre public invoquées par les États ne sont pas admises par la CJUE et que, ce faisant, le droit de l’Union Européenne exerce une influence sur la définition de l’ordre public national.

67. Du côté du Conseil de l’Europe, le rôle de la CEDH pour contrôler l’utilisation des réserves d’ordre public et, partant, influencer la définition de l’ordre public national est également important. Elle s’attache toujours à vérifier que les limitations apportées à l’application de la Convention sont légitimes et

²⁰³ E. PICARD, « L’influence du droit communautaire sur la notion d’ordre public », *AJDA*, 1996, p. 55.

²⁰⁴ D. DERO-BUGNY, « L’ordre public interne sous l’influence du droit de l’UE », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L’ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l’Hospital de l’Université d’Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 175.

²⁰⁵ CJCE, 4 décembre 1974, n° C-41/74, *Yvonne van Duyn contre Home Office*.

proportionnées²⁰⁶. C'est ainsi qu'elle a en partie condamné l'utilisation du principe d'indisponibilité du corps humain par la Cour de cassation pour s'opposer au changement de sexe à l'État civil²⁰⁷ en estimant en 1992 dans une décision *B. c. France* que le refus de reconnaître la véritable identité sexuelle d'une personne était incompatible avec le droit au respect dû à sa vie privée²⁰⁸. La Cour de cassation en tira les conséquences peu de temps après²⁰⁹.

68. Ainsi l'ordre public se manifeste textuellement à tous les niveaux de l'ordonnement juridique y compris dans le droit issu des ordres juridiques supranationaux. Pourtant, même un recensement de ces différentes dispositions ne suffirait pas à donner une définition matérielle de l'ordre public. La détermination de son contenu est largement renvoyée à des autorités compétentes.

B. UN ORDRE PUBLIC VIRTUEL INEPUISABLE

69. Il y a bien un ordre public virtuel, c'est-à-dire « *qui n'est qu'en puissance, qu'en état de simple possibilité* »²¹⁰, « *qui comporte en soi-même les conditions de sa réalisation ; potentiel, possible* »²¹¹. Le contenu de l'ordre public dépasse largement

²⁰⁶ M.-E. BAUDOIN, « L'ordre public en Russie », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 172.

²⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.829.

²⁰⁸ CEDH, 25 mars 1992, n° 13343/87, *B. c. France*.

²⁰⁹ Cass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11900.

²¹⁰ Dictionnaire Larousse.

²¹¹ *Ibid.*

ce que les textes prévoient dans la mesure où des autorités bénéficient d'une habilitation pour modifier ce contenu chaque fois que cela est nécessaire (1) et dans la mesure où le juge lui-même joue un rôle essentiel dans la détermination de ce contenu (2).

1. LES AUTORITES HABILITEES A DETERMINER LE CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC

70. **Le législateur.** La détermination de l'ordre public est largement renvoyée à des autorités chargées de l'effectuer. La première de toutes est le législateur. Si l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²¹² renvoie à « *la Loi* » le soin d'établir l'ordre public, c'est surtout dans l'article 34 de la Constitution, qui habilite le législateur à définir la portée des droits et libertés que se lit sa compétence pour déterminer le contenu de l'ordre public²¹³. Comme le souligne le professeur Roblot-Troizier :

« Norme de conciliation des libertés, l'ordre public est avant tout une norme d'habilitation qui profite au législateur : dans le droit fil de l'article 34 de la Constitution qui donne compétence au législateur pour déterminer les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », l'ordre public autorise le législateur à déterminer les conditions d'exercice des libertés. En ce sens, l'ordre public justifie la limitation par la loi d'une liberté : il constitue le

²¹² « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ».

²¹³ P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014, p. 50 s., § 155 s.

fondement de l'exercice par le législateur de sa compétence »²¹⁴.

Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré l'ordre public comme étant non pas une règle de fond, mais un « *objectif de valeur constitutionnelle* »²¹⁵ qu'il appartient au législateur de déterminer : « *en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public* »²¹⁶.

71. **Les autorités administratives.** D'autres autorités bénéficient d'habilitations expresses ou tacites pour assurer la protection de l'ordre public tout en bénéficiant d'une marge de manœuvre certaine quant à son contenu. C'est le cas des autorités de police administrative. Au niveau national, le Premier ministre dispose de pouvoirs de police générale, tandis qu'au niveau local ce sont le préfet et le maire qui disposent du pouvoir de police générale. Des pouvoirs de police spéciale sont attribués à ces autorités ainsi qu'à d'autres autorités nationales ou locales : ministres, présidents de département, chefs d'établissements publics. Ces autorités sont chargées d'assurer la protection de l'ordre public dans un

²¹⁴A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 309.

²¹⁵ Cons. const., 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

²¹⁶ Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

champ plus ou moins étendu. L'attribution de ces compétences est parfois dépourvue de toute précision relative aux exigences dont les autorités en question doivent assurer le respect. C'est le cas de la compétence du Premier ministre²¹⁷ dont la consécration est jurisprudentielle et peu voire pas du tout explicite quant aux exigences dont il devrait assurer la sauvegarde. Même lorsque les exigences dont une autorité de police a la charge sont précisées, la pratique montre que rien ne les empêche d'en étendre le contenu. Les exemples les plus éloquents concernent les pouvoirs de police du maire. L'article L. 2212-2 du CGCT lui attribue un pouvoir de police générale en listant quatre exigences qu'il lui revient de protéger « *le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* » avant de lister de manière non-exhaustives quelques-unes de leurs implications concrètes. Ces précisions doivent plutôt être comprises comme étant purement indicatives. D'une part, le juge, rappelant la compétence du maire pour maintenir l'ordre, ne la définit pas par ces exigences. Dans la décision Benjamin, le Conseil d'État rappelle qu'« *il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre* »²¹⁸. Il apparaît dans la jurisprudence que le maire n'a, quoiqu'il en soit, pas besoin de préciser laquelle de ces exigences il essaie de garantir pour utiliser valablement ses pouvoirs. D'autre part, des maires

²¹⁷ CE, 2 mai 1973, n° 81861, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris* : « *si la police des abattoirs ressortit, d'une manière générale, à la compétence des maires des communes sur le territoire desquelles ces établissements sont installés, il appartient au premier ministre, en vertu de ses pouvoirs propres, d'édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et tendant à ce que l'abattage des animaux soit effectué dans des conditions conformes à l'ordre public, à la salubrité et au respect des libertés publiques* ».

²¹⁸ CE, 19 mai 1933, n° 17413, *Sieur René Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*.

n'ont pas hésité à utiliser d'autres exigences, complètement inédites par rapport à cet article. C'est le cas de l'utilisation de la « moralité publique »²¹⁹ ou encore de la « dignité de la personne humaine »²²⁰. Ce pouvoir créatif s'est aussi manifesté dans le cadre de polices spéciales. Il en va ainsi de la police des baignades et activités nautiques. L'article L. 2213-23 du Code général des collectivités territoriales en précise le champ mais reste assez vague quant à son contenu. Tout au plus lit-on que le maire doit délimiter les zones « *présentant une garantie suffisante pour la sécurité des baignades et des activités mentionnées ci-dessus* ». Ceci n'a pas empêché des maires d'intervenir en vue de préserver la décence sur les plages publiques²²¹.

72. Il est ainsi possible de considérer que l'ordre public est bien davantage prévu dans son concept que dans sa substance. Les normes qui renseignent sur cette dernière peuvent toujours être modifiées ou étendues par le législateur qui bénéficie d'une compétence pour cela, tandis que la police

²¹⁹ CE, 18 décembre 1959, n° 36385, 36428, *Société les films Lutetia*.

²²⁰ CE ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge* et n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*.

²²¹ Ce faisant il a pu, à diverses occasions, édicter des mesures pour réglementer la tenue vestimentaire sur les plages. Pour les jurisprudences anciennes à ce sujet : CE, sect., 30 mai 1930, n° 89673, *Beaugé*, *Rec.*, 1930, p. 582 ; CE, 7 décembre 1938, *Sté « Castillon-Plage »*, *Rec.*, 1938, p. 915. Et pour les plus récentes : CE, ord., 26 août 2016, n° 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France* : « *Il en résulte que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage* ».

administrative peut toujours se départir des exigences de l'ordre public lorsque celles-ci sont prévues. Sans bénéficier d'une habilitation explicite, le juge, par sa fonction, joue un rôle déterminant dans la définition matérielle de l'ordre public.

2. LE ROLE DU JUGE DANS LA DETERMINATION DE L'ORDRE PUBLIC

73. Philippe Malaurie soulignait que « *par sa nature même il semble que le contenu de l'ordre public ne puisse être pratiquement défini que par le juge. Son imprécision ne lui permet de prendre un sens et une fonction caractérisée que lors de son application. Sa souplesse l'empêche de rentrer complètement dans les cadres rigides d'une loi, sa relativité et sa variabilité sont incompatibles avec la généralité et la permanence d'une loi* »²²². Selon Marie-Caroline Vincent-Legoux, « *le procès est « la place stratégique et le dernier bastion de l'ordre public »* »²²³. En effet, en tant que gardien des normes, le juge joue un rôle déterminant en matière de définition de l'ordre public.
74. **Le juge constitutionnel**, par l'arbitrage qu'il réalise entre les différentes normes constitutionnelles influence indirectement le contenu de l'ordre public. Il pourra en tout cas sanctionner une disposition impérative qui serait contraire aux valeurs essentielles de l'ordre juridique.

²²² P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 75.

²²³ P. MALAURIE, commentaire sur Cass. civ., 18 mars 1955, *D.*, 1956, p. 518.

Il détermine plus directement le contenu de l'ordre public en n'hésitant pas à préciser les contours de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Il inclut ou accole à cet OVC différentes exigences générales : la recherche des auteurs d'infraction²²⁴ ; le respect des règles de la concurrence²²⁵ ; le caractère suffisamment dissuasif des infractions en matière économique et financière²²⁶ ; la protection de la santé²²⁷ ; la lutte contre le terrorisme²²⁸ ; la lutte contre l'immigration irrégulière²²⁹ ; la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale²³⁰ ; la prévention des troubles sur la voie publique²³¹. Il se contente dans de nombreux cas de

²²⁴ La « recherche des auteurs d'infraction » apparaît très souvent avec l'OVC de sauvegarde de l'ordre public. Soit elle est présentée comme contribuant à l'OVC, voir par exemple : Cons. const., 3 décembre 2021, n° 2021-951 QPC, *M. Nicolas R.* ; soit les deux aspects sont mêlés dans un seul OVC, voir par exemple : Cons. const., 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC, *M. Théo S.* ; soit ils sont présentés comme deux objectifs, accolés, mais a priori distincts, voir par exemple : Cons. const., 25 février 2022, n° 2021-976/977 QPC, *M. Habib A. et autre.*

²²⁵ Voir par exemple : Cons. const., 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres.*

²²⁶ Voir par exemple : Cons. const., 28 janvier 2022, n° 2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres.*

²²⁷ Voir par exemple : Cons. const., 24 janvier 2020, n° 2019-821 QPC, *Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes* : l'OVC de protection de la santé est ici accolé à celui de sauvegarde de l'ordre public.

²²⁸ Voir par exemple : Cons. const., 7 janvier 2021, n° 2021-936 QPC, *M. Aziz J.* : l'objectif de lutte contre le terrorisme est présenté comme participant de l'OVC de protection de l'ordre public.

²²⁹ Voir par exemple : Cons. const., 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC, *Unicef France et autres.*

²³⁰ Voir par exemple : Cons. const., 10 mai 2019, n° 2019-779/780 QPC, *M. Hendrik A. et autre.*

²³¹ On remarquera le caractère quelque peu tautologique de la formulation selon laquelle la prévention des troubles sur la voie publique participe de la préservation de l'ordre public. Voir : Cons. const., 4 avril 2019, n° 2019-780

mentionner l'OVC de sauvegarde de l'ordre public ou de prévention des atteintes à l'ordre public sans en donner particulièrement le contenu, mais simplement pour préciser que le législateur s'inscrit bien dans cet objectif²³².

75. **Les juges ordinaires**, en tant que gardiens des normes, vont aussi être en mesure d'empêcher que certaines exigences n'intègrent l'ordre public. Le juge administratif a pu, par exemple, refuser d'intégrer dans l'ordre public « *les relations internationales de la République* »²³³ ou encore « *le respect du principe de laïcité* »²³⁴, mais accepter, ainsi que cela a été évoqué, d'inclure des exigences inédites comme la moralité publique ou la protection de la dignité de la personne humaine. Le juge judiciaire dispose d'un pouvoir d'interprétation similaire concernant l'article 6 du Code civil. Bien qu'il agisse en général avec « *prudence* » en la matière - comme l'indiquait le Professeur Malaurie²³⁵, il s'efforce généralement de rattacher ses interprétations à des textes-, il a pu tout autant appliquer cet article en considération de normes déjà qualifiées d'ordre public ou de normes qu'il a lui-même qualifiées ainsi²³⁶. Il a aussi pu faire preuve de créativité en

DC, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*.

²³² Les exemples abondent, pour n'en citer qu'un : Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

²³³ CE, 12 novembre 1997, n° 169295, *Association « Communauté tibétaine en France et ses amis »*.

²³⁴ CE, ord., 26 août 2016, n° 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*.

²³⁵ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 65.

²³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, n° 89-18.708 P.

estimant par exemple que des dispositions contractuelles pouvaient être contraires à l'ordre public alors même qu'elles n'étaient pas prohibées par la loi²³⁷.

76. Enfin, les juges, disposent aussi d'un champ pour déterminer ce qui relève ou non de l'ordre public lorsqu'il s'agit de soulever des moyens d'ordre public²³⁸ ou de dégager une exception d'ordre public²³⁹. Il en va ainsi aussi bien pour le juge administratif, judiciaire que constitutionnels²⁴⁰.
77. Ainsi, il apparaît effectivement que « *le juge est le grand interprète de l'ordre public : c'est lui qui en précise les contours. C'est l'intermédiaire qui permet à l'ordre social,*

²³⁷ Il s'agissait de la Cour de cassation en l'espèce, comme l'indique A. LE POMMELEC, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », in C.-A. DUBREUIL, *L'ordre public : actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I)*, Cujas, 2013, p. 78.

²³⁸ Camille Broyelle souligne le pouvoir dont dispose le juge administratif pour qualifier de tels moyens : « *c'est le juge qui décide d'ériger un moyen de droit en moyen d'ordre public, ce qu'il fait lorsqu'il lui semble inopportun de laisser le respect de certaines règles à la seule vigilance des parties* » : C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2021-2022, p. 185.

²³⁹ Selon Paul Lagarde, « *il faut réserver au juge la possibilité de repousser une loi dont le contenu se révélerait inadmissible. Sans doute la notion introduit un élément perturbateur dans le jeu des règles de conflit, et il est souhaitable que les juges n'en usent qu'avec discernement, mais cet accident est inévitable* » : P. LAGARDE, « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2020.

²⁴⁰ Guillaume Drago estime que les moyens soulevés d'office par le juge constitutionnel sont la même chose que les moyens d'ordre public soulevés par le juge administratif et le juge judiciaire : G. DRAGO, « L'ordre public et la constitution » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 207.

collectif, de passer le seuil de la vie juridique»²⁴¹. Ces remarques sur le caractère évanescent du contenu de l'ordre public impliquent une justification tendant à confirmer l'inutilité d'une définition matérielle de l'ordre public.

II. UNE IDENTIFICATION LARGEMENT INUTILE

78. Identifier par avance avec précision le contenu de l'ordre public donnerait une définition matérielle à la notion et serait certainement plus satisfaisant du point de vue de la sécurité juridique. Toutefois une telle définition s'opposerait à ce que la notion remplisse sa fonction de manière satisfaisante. En effet, qu'il s'agisse de la police administrative ou du juge, l'un et l'autre interviennent en lien direct avec des situations factuelles particulières et souvent inédites. Il y a un ordre public de circonstances. Ces circonstances sont même déterminantes car le juge administratif s'attache la plupart du temps à vérifier que des circonstances locales particulières, ou un fait déterminé font peser un risque sur l'ordre public. Les mesures de police à caractère général et absolu sont d'ailleurs prohibées car elles rompent le lien qui doit exister entre des faits et la mesure de police. La souplesse est nécessaire afin que l'ordre public puisse remplir sa fonction qui est de prévenir ou mettre fin à un trouble. Il y a des comportements que les pouvoirs publics parviennent à anticiper : l'ordre public textuel intervient alors pour pénaliser, interdire, qualifier. Pour le reste, une certaine adaptabilité de la notion est requise. Elle se justifie d'abord d'un point de vue pragmatique : l'ordre public doit pouvoir s'adapter aux

²⁴¹ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 259

situations nouvelles car il est parfaitement illusoire d’imaginer que l’on puisse prévoir de manière exhaustive par avance l’ensemble des comportements qui pourront générer un trouble. La société et les techniques évoluent sans cesse et dans cette course effrénée le droit intervient souvent *a posteriori* : il naît de sa violation. La plasticité de l’ordre public est aussi une forme de garantie supplémentaire à l’égard des libertés. Il est préférable pour permettre leur exercice le plus large possible de les limiter seulement dans la mesure où cela est nécessaire. Cette nécessité s’apprécie plus aisément au contact des faits que dans la généralité d’une loi et permet surtout une interdiction proportionnée au but poursuivi. « *L’adaptabilité de l’ordre public révèle que c’est également par la collaboration sociale, indispensable à la détermination de son contenu dans des situations factuelles toujours renouvelées, que l’ordre public assure aussi son éminente fonction* »²⁴². Ainsi peut-on constater le « *divorce entre la fluidité de la notion d’ordre public et la rigidité d’une expression réglementaire. La notion d’ordre public, liée à la vie, à un milieu social mouvant, est essentiellement dynamique ; la fixer dans une rédaction formelle c’est la figer, la dénaturer, la fossiliser et la rendre inutilisable. L’ordre public demeure avant tout recherche d’adaptation entre exigences distinctes, solution de conflits concrets* »²⁴³.

79. **Les régimes de crise** fournissent une bonne illustration de la nécessité de cette adaptabilité du contenu de l’ordre public au contexte. La possibilité de tels régimes est admise dans son

²⁴² P. DEUMIER, T. REVET, « ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1121.

²⁴³ P. BERNARD, *La notion d’ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 256.

principe par le Conseil constitutionnel : « *si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public* »²⁴⁴. La particularité des régimes de crise est d'emporter un certain nombre de dérogations aux règles habituelles dans le but d'assurer la protection de l'ordre public. Ces dérogations sont prévues dans leur principe à l'article 15 de la CESDH par exemple²⁴⁵. Différents régimes ont été prévus à cet effet par la Constitution française pour faire face aux menaces pour la souveraineté et aux conflits armés²⁴⁶. Ils coexistent avec des régimes d'origine législative : l'état d'urgence désormais dit « sécuritaire »²⁴⁷ et l'état

²⁴⁴ Cons. const., 25 janvier 1985, n°85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

²⁴⁵ « 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application. »

²⁴⁶ Constitution du 4 octobre 1958, art. 16 et 36.

²⁴⁷ Loi du 3 avril 1955, n° 55-385, *relative à l'état d'urgence* : l'art. 1^{er} dispose qu'il peut être déclaré « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ».

d'urgence « sanitaire »²⁴⁸, ainsi qu'avec le régime des circonstances exceptionnelles²⁴⁹, qui est d'origine prétorienne. L'existence et la multiplication des régimes de crise montre que l'adaptabilité de l'ordre public exige plus encore que celle qui est permise dans les circonstances normales. La préservation de l'ordre public exige parfois une dérogation d'ampleur aux règles de droit positif et même aux règles organisant formellement l'ordre juridique.

80. **Dangerosité ?** La souplesse de l'ordre public a beau être nécessaire et évidente, ne représente-t-elle pas un danger ? La seule contrainte qui semble s'imposer à l'ordre public est « *de nature téléologique* »²⁵⁰. Il semble ainsi qu'en matière d'ordre public la fin justifie les moyens. Cette souplesse inquiète, et parfois il est possible de craindre que le rôle important du juge ne le conduise *in fine* à imposer sa propre vision des choses, notamment lorsqu'il s'agit de définir des aspects qui relèvent plutôt de la morale²⁵¹. Philippe Malaurie tempérait cette

²⁴⁸ La loi du 23 mars 2020, n° 2020-290, *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* a créé aux art. L. 3131-12 et suivants du CSP un régime de crise inédit et provisoire. Ces dispositions ont été prorogées plusieurs fois sont devenues obsolètes le 1^{er} août 2022. L'art. L. 3131-15, qui liste les différentes mesures qui peuvent être prises dans le cadre de l'urgence sanitaire, précise que « *Les mesures prescrites en application du présent article sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* ».

²⁴⁹ CE, 29 mars 1901, n°94580, *Casanova* ; CE, 28 juin 1918, *Heyriès* ; CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*.

²⁵⁰ G. DRAGO, « La constitution et l'ordre public » *in* C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont D), Cujas, 2013, p 206, citant N. MOLFESSIS.

²⁵¹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 379.

inquiétude en rappelant que l'ordre public est attaché à un ordre, à un certain nombre de principes qui encadrent le juge et qui l'empêchent « *de définir ce qu'est à son caprice l'ordre public* »²⁵². Finalement on peut considérer, comme Sébastien Roland, que « *la vraie légitimation à l'ordre public est en dehors de lui : c'est l'acceptation par la société de ces limites* »²⁵³. En ce sens, l'accord sur les valeurs qui fondent l'ordre juridique légitime le contenu de l'ordre public.

81. La définition matérielle de l'ordre public est ainsi à la fois difficile à établir en raison de sa dispersion dans toutes les sources normatives, et inutile à établir en ce que le droit positif prévoit les règles de compétence permettant à la notion de jouer son rôle dans l'ordre juridique. Ceci ramène la réflexion vers la définition fonctionnelle de la notion qui se suffit à elle-même et rend l'identification du contenu dépourvue d'intérêt définitionnel. La définition matérielle de la laïcité apparaît en comparaison plus abordable même si l'appréhension du contenu de la laïcité se heurte aussi à quelques difficultés.

²⁵² P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 119

²⁵³ S. ROLAND, « L'ordre public et l'État » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 14.

SECTION SECONDE. LE CONTENU DISCUTE DE LA LAÏCITE

82. La démarche de connaissance du contenu de la laïcité est teintée d'ambivalence. D'un côté, ses exigences sont identifiables assez clairement (I), de l'autre la lisibilité de son contenu est altérée par la multiplication des discours sur la laïcité (II).

I. DES EXIGENCES JURIDIQUES RELATIVEMENT CLAIRES

83. Pour la plupart des auteurs, les implications concrètes de la laïcité sont assez évidentes. Ceci découle de la conviction que ces exigences sont largement contenues dans la loi du 9 décembre 1905 dont découle la séparation des églises et de l'État (A). La loi de 1905 ne doit toutefois pas être considérée comme l'*alpha* et l'*omega* de la laïcité française. Ainsi que le souligne Vincent Valentin, « *la connaissance de la laïcité est paradoxalement limitée par le poids de la loi de 1905 dans la culture républicaine française* »²⁵⁴. L'exigence de neutralité découle ainsi seulement en partie de la loi de 1905, et à ce titre mérite des développements distincts (B).

²⁵⁴ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.

A. LA SEPARATION DES EGLISES ET DE L'ÉTAT

84. Le Professeur Gaudemet, à la suite du Professeur Rivero²⁵⁵, « voit volontiers la « charte de la laïcité française » »²⁵⁶ dans la loi du 9 décembre 1905. C'est à cette loi que se réfère le Conseil constitutionnel pour définir le sens de la laïcité constitutionnelle²⁵⁷ et ce sont les exigences du titre premier de cette loi que le candidat à la présidence de la République François Hollande souhaitait constitutionnaliser²⁵⁸. Elle apparaît comme la source première des exigences de la laïcité en ce qu'elle généralise la séparation des églises et de l'État et pose des principes généraux qui sont applicables à l'ensemble des rapports entre l'État et les cultes. Ces principes généraux résultent de l'article 2 de la loi qui concrétise l'idée de séparation par trois exigences :

« La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1er janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes ».

Cet article définit ainsi un régime spécifique d'organisation des rapports de l'État avec les cultes. Il refuse à la fois de s'ingérer

²⁵⁵ J. RIVERO, *Cours de Libertés publiques*, Les cours de droit, Paris V, 1975, p. 290.

²⁵⁶ Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, 2015, n°2, p. 329.

²⁵⁷ Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* ; Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane*.

²⁵⁸ En vertu du 46^{ème} de ses 60 engagements pour la France.

dans les cultes par le principe de non-reconnaissance et de leur apporter un quelconque soutien matériel par les principes de non-salariat et de non-subventionnement des cultes. Ces deux aspects ne vont pas nécessairement l'un avec l'autre. Des États peuvent par exemple ne pas avoir de système de reconnaissance des cultes, mais consentir à des subventions. Toutefois la séparation financière conforte la non-reconnaissance des cultes dans la mesure où le financement de certains cultes seulement induirait une distinction entre les cultes soutenus ou non par la puissance publique et une forme de reconnaissance implicite. La double séparation posée par la loi de 1905 permet ainsi une véritable séparation organique entre l'État et les cultes.

85. **La non-reconnaissance** s'oppose au régime des cultes reconnus préexistant. Elle postule le fait qu'un culte n'a pas besoin d'une intervention préalable de l'administration pour exister et être pratiqué. Elle implique l'autonomie des cultes qui se créent et s'administrent sans intervention de la puissance publique. La portée de cette exigence de non-reconnaissance peut être questionnée par l'existence d'un groupement dédié, l'association cultuelle, dont le bénéfice résulte de l'appréciation de l'administration²⁵⁹.

86. Cette exigence trouve une concrétisation particulière à travers l'interdiction d'apposer des signes ou emblèmes religieux sur les édifices et monuments publics posée à l'article 28 de la loi. L'interdiction vaut pour l'avenir car le but n'était pas de gommer tout symbole religieux déjà présent sur ou dans des édifices ou espaces publics, mais bien de prohiber l'acte de

²⁵⁹ Cf. *infra* § 402 s.

reconnaissance que serait le fait pour une personne publique, postérieurement à cette date, d'apposer un tel objet. C'est pourquoi de nombreux emblèmes et symboles religieux subsistent dans les bâtiments et emplacements publics. D'une certaine manière cette exigence a une origine plus ancienne que la loi de 1905. Une circulaire du 2 novembre 1882 signée par Ferdinand Buisson préconisait le retrait des crucifix présents dans les salles de classe sur décision du préfet, au cas par cas, et avec la plus grande prudence : le retrait doit être effectué lorsque « *tous les hommes de bonne foi reconnaîtront que la place du crucifix est à l'église et non pas à l'école* »²⁶⁰. La démarche se voulait pacificatrice mais dans les faits tout ne s'est pas déroulé de manière paisible²⁶¹. La loi de 1905 a clarifié les choses en posant une règle générale, et pacifié la démarche en ne l'imposant que pour l'avenir, mais la mise en œuvre de cette interdiction tournée vers le futur peut quand même se heurter à des contestations en pratique, ne serait-ce que parce que les administrés ne sont pas censés savoir si un symbole religieux a été apposé avant ou après la loi, particulièrement lorsqu'il s'agit de symboles « détachables » des bâtiments et non d'éléments liés à la construction. Ce fut le cas à Metz, en 2000, lorsqu'un avocat s'est opposé à la présence dans la salle d'audience de la Cour d'assises d'un tableau du Christ crucifié. Il a d'abord été depuis lors voilé pendant les audiences avant d'être finalement déplacé dans une église sur ordre du Garde des Sceaux, cette solution, pragmatique, permettant de préserver à la fois la neutralité de l'administration judiciaire et

²⁶⁰ Cité par J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, 5e éd., 2010, PUF, Que sais-je ?, p. 47.

²⁶¹ J. LALOUILLE, « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prétoires », *Mots*, 1991, vol. 27, n° 1, p. 23.

l'intérêt artistique de l'œuvre en question²⁶². Lorsque la situation conduit vers le juge administratif, celui-ci sanctionne l'apposition d'un emblème religieux postérieurement à la loi de séparation. Par exemple, la Cour administrative d'appel de Nantes a rappelé le principe en la matière en 1999, à propos du refus d'un maire de retirer un crucifix qui avait été accroché au mur de la salle du conseil municipal : « *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 à la fois la liberté de conscience, assurée à tous les citoyens par la République, et la neutralité du service public à l'égard des cultes quels qu'ils soient* »²⁶³. L'appréciation est plus difficile lorsqu'il s'agit de symboles n'ayant pas exclusivement un caractère religieux. Le juge administratif en a fait des interprétations casuistiques, parfois assez créatives, qui conduisent à questionner la portée de l'article 28 de la loi²⁶⁴.

87. **Le non-salariat et le non-subventionnement** permettent d'installer une séparation financière entre l'État et les cultes. La puissance publique n'a plus la charge de rémunérer les ministres du culte, ce qu'elle faisait concernant les cultes reconnus avant la loi de séparation, et n'a, de manière générale, plus la charge de les soutenir matériellement. Les cultes devront ainsi trouver seuls les moyens de subvenir aux frais liés à leur fonctionnement. Une telle exigence a un

²⁶² S. GABORIAU, « Laïcité et Justice » in H. PAULIAT, *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Pulim, 2006, p. 113.

²⁶³ CAA Nantes, 4 février 1999, n° 98NT00207, *Association civique de Joué Langueur et autres*.

²⁶⁴ Cf. *infra* § 214 s.

caractère quelque peu abrupt en ce qu'elle ne postule pas seulement l'autonomie des cultes, mais le désintéret complet de l'État à l'égard de la pratique cultuelle. C'est une chose de ne pas vouloir s'ingérer dans les cultes, c'en est une autre de refuser toute forme de soutien et ainsi toute reconnaissance de l'utilité sociale que peut avoir la religion et la pratique d'un culte pour les administrés. Le constat pourra être partiellement relativisé en ce que l'exigence de non-subventionnement des cultes a une portée largement assouplie²⁶⁵. Le juge constitutionnel, lorsqu'il a dû se prononcer sur le principe constitutionnel de laïcité, n'y a d'ailleurs même pas inclus l'exigence de non-subventionnement²⁶⁶.

88. Ces exigences ont un caractère très fonctionnel. Elles déterminent un mode d'organisation particulier des rapports entre l'État et les cultes en France. Elles contribuent toutes, sans se confondre pleinement avec elle, à l'exigence de neutralité de l'État.

²⁶⁵ Cf. *infra* § 217 s.

²⁶⁶ Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* ; Cons. const. ; 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane* dans lesquelles il utilise une formulation identique : « il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît 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 ».

B. LA NEUTRALITE

89. Aborder l'exigence de neutralité lorsque l'on aborde la laïcité a quelque chose d'une évidence. Elle représente certainement l'exigence principale attachée au principe, particulièrement dans la présentation qui en est faite :

« Le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent ; pour le juriste, la définition de la laïcité ne soulève pas de difficulté majeure ; des conceptions fort différentes ont pu être développées par des hommes politiques dans le feu des réunions publiques, mais une seule a trouvé place dans les documents officiels ; les textes législatifs, les rapports parlementaires qui les commentent, les circulaires qui ont accompagné leur mise en application ont toujours entendu la laïcité dans un seul et même sens, celui de la neutralité religieuse de l'État »²⁶⁷.

Au-delà de cette évidence, la neutralité est toutefois une notion bien plus complexe à cerner qu'il n'y paraît. D'ailleurs, alternativement, la neutralité est présentée comme l'exigence première de la laïcité ou la laïcité comme l'un des éléments de la neutralité de l'État²⁶⁸. Le Conseil constitutionnel rattache la neutralité de l'État au principe d'égalité qui découle de l'article 2 de la Constitution²⁶⁹. Dans ses conclusions sur l'affaire Église

²⁶⁷ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, p. 137.

²⁶⁸ En ce sens le commentaire sous l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983, n° 83-634, *Portant droits et obligations des fonctionnaires dans le Code de la fonction publique*, Dalloz.

²⁶⁹ Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, § 64.

de scientologie de Paris²⁷⁰, le Commissaire du gouvernement Scanvic estimait que le principe de neutralité de l'État à l'égard des cultes découlait « *de la loi de 1905 comme du Préambule de la Constitution et notamment de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou encore de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'Homme* »²⁷¹. Le terme neutralité se définit comme « *état de quelqu'un, d'un groupe qui ne se prononce pour aucun parti* »²⁷² ; encore « *caractère, attitude d'une personne, d'une organisation, qui s'abstient de prendre parti dans un débat, une discussion, un conflit opposant des personnes, des thèses ou des positions divergentes* »²⁷³. Le neutre traduit l'indifférence, l'absence d'implication le « *ni l'un, ni l'autre* », le « *refus du paradigme* »²⁷⁴. Lorsque l'on traite de la neutralité religieuse, on pense surtout aux principes qui découlent de la loi de séparation et à la neutralité des agents publics, car ce sont les manifestations les plus directement saisissables de cette exigence. Elles expriment l'abstention de l'État dans le domaine religieux : ne pas exprimer une appartenance, un soutien, une validation. Elle est dans cette mesure intrinsèquement liée à l'exigence de non-reconnaissance des cultes. Comprise comme s'appliquant aux moyens de l'action publique -moyens humains, mais également selon la loi de 1905 moyens matériels- l'exigence de neutralité reste assez

²⁷⁰ CE, 17 février 1992, n° 86954, *Église de scientologie de Paris*.

²⁷¹ F. SCANVIC, conclusions sur CE, 17 février 1992, n° 86954, *Église de scientologie de Paris*, inédites.

²⁷² Dictionnaire Larousse, entrée « neutralité ».

²⁷³ CNRTL, entrée « neutralité ».

²⁷⁴ Introduction de F. BRUNET, colloque « La neutralité » organisé à Tours les 13 et 14 novembre 2016, intervention retransmise à l'adresse : https://www.canal-u.tv/producteurs/irji/la_neutralite (consulté le 6 septembre 2022).

simple à saisir. Toutefois, la neutralité peut aussi se concevoir d'une manière plus étendue et distincte de la seule laïcité de l'État en ce qu'elle vaut plus largement pour les opinions politiques et philosophiques, et en ce qu'elle ne se manifeste pas que par l'abstention de l'État à exprimer des préférences religieuses, philosophiques ou politiques.

90. **Approche théorique de la neutralité.** Ainsi que l'a démontré David Koussens dans son ouvrage consacré à la neutralité, la notion fait l'objet de différentes appropriations selon la conception de la laïcité retenue²⁷⁵. La neutralité est une notion très liée à la pensée libérale dans ses différentes branches et contribue ainsi à connecter la laïcité et la protection des droits et libertés. Elle est une notion centrale développée par la pensée libérale, essentiellement du côté de la doctrine anglo-saxonne²⁷⁶. Certains théoriciens ont amené des réflexions très abouties autour de la neutralité. L'apport de John Rawls a été le point de départ d'une reformulation de la neutralité dans les théories du libéralisme et également dans les critiques qui en ont été faites²⁷⁷. L'intérêt de son approche est qu'elle distingue assez pédagogiquement les différents niveaux juridiques auxquels la neutralité peut s'appliquer : neutralité des buts du droit -ou neutralité axiologique-, neutralité dans la mise en œuvre du droit -ou neutralité procédurale- et neutralité des

²⁷⁵ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruylant, 2015, p. 39 s.

²⁷⁶ X. SOUVIGNET, « La neutralité comme idéologie », colloque « La neutralité » organisé à Tours les 13 et 14 novembre 2016, intervention retransmise à l'adresse : https://www.canal-u.tv/producteurs/irji/la_neutralite (consulté le 6 septembre 2022).

²⁷⁷ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruylant, 2015, p. 48.

effets du droit²⁷⁸. Elle permet ainsi de faire ressortir les difficultés inhérentes à chacun de ces niveaux d'analyse.

91. La première dimension de la neutralité qu'il présente est la neutralité procédurale. Elle paraît comme étant la plus évidente à cerner juridiquement. Elle consiste selon Rawls en « *une procédure qui peut être légitimée ou justifiée sans faire appel à des valeurs morales. Ou bien, si cela paraît impossible (...) par rapport à des valeurs neutres comme l'impartialité, la cohérence dans l'application de principes généraux (...)* »²⁷⁹. Elle implique, en matière religieuse, que les normes ne se réfèrent jamais à une conviction religieuse et soient en apparence applicables indifféremment à tous. La neutralité des buts du droit implique que le droit ne soit pas fondé sur une doctrine compréhensive. John Rawls se montre assez mesuré par rapport à cette dimension de la neutralité. Il explique qu'elle doit permettre aux citoyens de réaliser leur propre conception du bien mais uniquement pour « *les conceptions acceptables (celles qui respectent les principes de justice)* »²⁸⁰. L'État ne doit pas « *favoriser ou promouvoir une doctrine compréhensive* »²⁸¹ et reposer seulement sur une « *conception politique qui exprime la priorité du juste* »²⁸². En ce sens la neutralité des buts du droit n'est pas complètement possible car si elle ne repose pas sur une doctrine compréhensive elle doit tout de même reposer, selon Rawls, sur l'idée de justice. Le droit pourrait ainsi être fondé sur des valeurs issues d'une doctrine religieuse, mais uniquement de

²⁷⁸ J. RAWLS, *Libéralisme politique*, PUF : Quadrige, 2001, p. 235 s.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 235.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 237.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 236.

²⁸² *Ibid.*, p. 237.

manière indirecte et dans la mesure où ces valeurs seraient compatibles avec l'idée de justice. En ce sens rien n'empêche effectivement que des familles de pensée, qu'elles soient religieuses, politiques ou philosophiques ne soient écoutées et même *in fine* favorisées par le droit, mais ce ne peut pas être dans le but de défendre une doctrine compréhensive mais dans l'objectif de justice. Par exemple, le refus de l'euthanasie active se retrouve dans des doctrines compréhensives, y compris religieuses, mais son interdiction en droit ne peut pas viser à favoriser ces doctrines mais uniquement à aller vers ce qui paraît être le plus juste pour l'ensemble des citoyens. Le troisième niveau de la neutralité implique de descendre au niveau des effets du droit. Cette neutralité est niée par Rawls. Selon lui « *le libéralisme politique se détourne de la neutralité quant à l'influence et à l'effet en raison de son caractère irréalisable* »²⁸³. En effet, la théorie de la justice aura nécessairement pour effet de favoriser les conceptions du bien qui reposent sur « *les vertus de la coopération sociale équitable telles que la civilité et la tolérance, la modération et le sens de l'équité* »²⁸⁴.

92. L'analyse des différents niveaux de neutralité proposée par Rawls est attachée à la théorie de la justice qu'il développe. Mais la grille de lecture qui en découle, à savoir la distinction entre une neutralité procédurale, des buts du droit et des effets du droit est, de manière plus abstraite, un bon outil de lecture et de différenciation des différents aspects de la neutralité qui peut valoir en dehors de la théorie de la justice. En l'appliquant plus spécifiquement à la question religieuse, on pourra

²⁸³ *Ibid.*, pp. 237-238.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 238.

distinguer les niveaux dans lesquels elle est véritablement appliquée et sanctionnée.

93. Le droit positif français est globalement très attaché à la neutralité procédurale, qui découle particulièrement de la loi de 1905 qui formule le principe de séparation et renvoie à l'ordre public l'encadrement des cultes. La neutralité des buts du droit pourrait découler, selon Geneviève Koubi, du principe constitutionnel de laïcité qui est censé valoir pour l'ensemble des institutions constitutionnelles, y compris les partis politiques²⁸⁵ et pourrait inspirer une attitude de mise à distance des convictions religieuses des acteurs participant de l'élaboration du droit. Rien n'interdit à un député, par exemple, d'invoquer ses convictions religieuses au support d'une opinion politique mais globalement les normes sont votées en raison d'une conception du bien laïcisé, qui transite à travers certaines valeurs à l'instar de la dignité de la personne humaine. Enfin, la neutralité des effets du droit à l'égard des religions, inatteignable selon Rawls, paraît quand même pouvoir bénéficier d'une certaine résonance dans la mise en place de correctifs lorsque l'effet de la norme est défavorable à un culte. Ces accommodements ne sont pas obligatoires et résultent généralement de la pratique administrative, mais ils expriment tout de même une certaine recherche d'égalité, dont la neutralité apparaît comme étant le corollaire²⁸⁶.

94. **L'exemple de la loi du 11 octobre 2010 à l'aune des différents niveaux de neutralité.** La loi interdisant la dissimulation du

²⁸⁵ G. KOUBI, « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDP*, 1997, n°5, p. 1311.

²⁸⁶ Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.

visage dans l'espace public illustre de manière assez pédagogique l'articulation de ces différents niveaux de neutralité. Elle vise à la réalisation d'une certaine conception de la vie en société qui n'est pas complètement indifférente à la question religieuse puisque son but était bien d'interdire une pratique religieuse, en atteste l'étude demandée au Conseil d'État sur les possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral²⁸⁷. Dans cette étude, il donne au législateur les moyens d'élaborer un texte qui sera respectueux de la neutralité procédurale : il exclue la laïcité comme fondement envisageable et propose plutôt d'interdire la pratique pour sa contrariété avec l'ordre public²⁸⁸. Le texte voté est finalement parfaitement compatible avec la neutralité procédurale : la loi, fondée sur une exigence de l'ordre public, n'interdit pas une pratique religieuse mais la dissimulation du visage. Les effets du texte ne sont en revanche absolument pas neutres puisqu'ils pèsent bien davantage sur les pratiquantes de l'Islam. Le contrôle juridictionnel dont a fait l'objet le texte montre bien l'importance variable des différents niveaux de neutralité. Le Conseil constitutionnel se satisfait du fait que le texte soit fondé sur la protection de l'ordre public et que l'interdiction soit proportionnée à cet objectif²⁸⁹. En revanche, la réserve qu'il émet quant à la dissimulation du visage dans les lieux de culte montre qu'il n'est pas complètement indifférent à la question de l'effet produit par le texte sur les pratiquantes musulmanes.

²⁸⁷ CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, 25 mars 2010.

²⁸⁸ CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, 25 mars 2010, p. 26 s.

²⁸⁹ Cons. const. 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

La CEDH a rendu, comme à l'accoutumée, une décision moins laconique. Elle souligne bien l'existence de cette *ratio legis* en présentant d'abord tous les éléments relatifs à la genèse de la loi²⁹⁰. Elle souligne le fait que l'État doit se comporter en « *organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances* »²⁹¹ et manifeste quelques inquiétudes quant au contexte d'élaboration de la loi²⁹² mais aussi quant aux effets du texte sur les femmes musulmanes²⁹³. Toutefois elle se montre sensible à la formulation neutre du texte. Rappelant aussi que sur ces questions le législateur national bénéficie d'une ample marge d'appréciation²⁹⁴, elle conclue finalement à l'absence de violation de la Convention.

95. Ainsi, les exigences découlant de la loi de séparation et celle de neutralité ne peuvent pas être parfaitement confondues, même si elles ne sont pas dépourvues de tout rapport. Il a été évoqué que la séparation contribuait à la neutralité de l'État, mais une dynamique inverse et contraire s'observe parfois. En effet, la séparation implique des exigences mécaniques assez

²⁹⁰ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, *affaire SAS c. France*, § 15 s.

²⁹¹ *id.*, § 127 : « *La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Comme signalé précédemment, elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci* ».

²⁹² *ibid.*, § 149.

²⁹³ *ibid.*, § 146.

²⁹⁴ *ibid.*, §154-157.

claires, mais l'interprétation de celles-ci à l'aune de la neutralité peut impliquer leur assouplissement²⁹⁵.

II. UNE PERCEPTION PROGRESSIVEMENT BROUILLEE

96. La compréhension du contenu de la laïcité est rendue plus difficile par un discours foisonnant à son sujet. A cela, deux causes semblent pouvoir être identifiées : l'une émane de la société et de la permanence d'un phénomène militant autour de la laïcité qui produit un discours concurrent de celui des pouvoirs publics (A). Elle se prolonge vers ce qu'il est possible d'appeler les « discours officiels » puisqu'ils émanent de représentants politiques ou d'institutions publiques (B).

A. UNE PERCEPTION BROUILLEE PAR LES DISCOURS MILITANTS

97. Le fait qu'une notion soit fortement investie en dehors de la sphère juridique n'aide généralement pas à une

²⁹⁵ Voir par exemple : CE ass., 19 juillet 2011, n° 309161, *Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole* : « ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ou qui sont prévues par ses statuts, construise ou acquière un équipement ou autorise l'utilisation d'un équipement existant, afin de permettre l'exercice de pratiques à caractère rituel relevant du libre exercice des cultes, à condition qu'un intérêt public local, tenant notamment à la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public, en particulier de la salubrité publique et de la santé publique, justifie une telle intervention et qu'en outre le droit d'utiliser l'équipement soit concédé dans **des conditions, notamment tarifaires, qui respectent le principe de neutralité à l'égard des cultes et le principe d'égalité** et qui excluent toute libéralité et, par suite, toute aide à un culte ».

compréhension et une appréhension apaisées et claires de ses contours juridiques. L'offre militante laïque est loin d'être anecdotique. Celle-ci s'est au contraire étoffée, particulièrement ces dernières décennies. Il y a désormais une multitude de groupements ayant vocation, directement ou indirectement, à militer en faveur de la conception de la laïcité qu'ils défendent (1). Ils véhiculent des conceptions de la laïcité ayant des traits communs à travers l'idée de « laïcité républicaine » (2).

1. LA PERMANENCE DU FAIT MILITANT

98. Dresser un panorama complet n'apporterait pas grand-chose dans le cadre d'une démonstration juridique, en revanche certains de ces groupements ou personnalités sont très représentés dans le cadre des auditions parlementaires, institutions para-administratives et autres missions de réflexion. On peut donc considérer qu'ils exercent une influence potentielle au sein d'espaces de réflexion et de construction du droit. Parmi ceux-ci on retrouve des militants que l'on peut qualifier d'« historiques » car ce sont des groupements ou courants anciens, et des mouvements « nouveaux » apparus dans les dernières décennies. En dépit de sensibilités et positions légèrement différentes, beaucoup de ces courants convergent vers l'idée d'une séparation stricte du politique et du religieux pour laquelle ils militent activement. Cette convergence les réunit à travers le « Collectif laïque national »²⁹⁶ auquel les groupements militants laïques

²⁹⁶ Il organise des états-généraux et publie un rapport annuel sur la laïcité. Le Collectif ne possède pas de site internet propre, mais on trouve des informations à son sujet sur les sites internet des différentes associations qu'il regroupe.

adhèrent pour la plupart. On y retrouve ainsi les militants historiques (a) et les militants nouveaux (b).

a. Les militants historiques

99. Parmi les courants historiques qui font œuvre de militantisme en matière de laïcité, se trouvent la Libre pensée et la Franc-maçonnerie.
100. **La Libre pensée** a été largement représentée dans le cadre de la législation relative à la laïcité et aux cultes. Albert Bayet a souligné que la laïcité et la Libre pensée « *ont incontestablement une origine commune, puisqu'elles sont nées l'une et l'autre de l'idée que la pensée et l'expression de la pensée doivent être libres* »²⁹⁷. Les premières associations de Libre pensée sont créées à la fin de la première moitié du XIX^e siècle²⁹⁸. C'est donc un courant de pensée relativement ancien et qui s'est largement investi à l'égard de la laïcité. C'est un courant éminemment politique : non seulement de nombreuses personnalités politiques adhèrent à des associations de Libre pensée depuis le XIX^e siècle, mais encore le courant est intimement lié à la construction du socialisme ou de l'anarchisme²⁹⁹.

²⁹⁷ A. BAYET, « Libre-pensée et la laïcité », in A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, PUF, 1960.

²⁹⁸ J. LALOUETTE, *La Libre-pensée en France : 1848-1940*, Albin Michel, 2001, introduction.

²⁹⁹ Voir en ce sens l'histoire de la Libre pensée présentée sur le site internet de l'Association des libres penseurs de France : <https://www.libre-penseur-adlpf.com/histoire-de-la-libre-pensee/> (consulté le 6 septembre 2022) et dans le même sens la présentation de l'Association nationale de la Libre pensée : <https://www.fnlp.fr/2017/09/26/histoire-de-la-libre-pensee/> (consulté le 6 septembre 2022).

101. Elle ne constitue pas une pensée uniforme mais des courants variés dont certains sont ouverts aux religions tandis que d'autres se montrent clairement hostiles à leur égard³⁰⁰. Le point commun des Libres penseurs étant la croyance en la capacité de tout individu de mettre à distance l'influence religieuse. Les courants n'étant pas antireligieux y voient un moyen d'accéder à « *une relation directe avec Dieu, une société dégagée de tout pouvoir sacerdotal comme de tout pouvoir arbitraire* »³⁰¹ et « *faire naître une « foi nouvelle » (...) autour de croyances « naturelles » acceptables pour tous les hommes* » [et qui] *permettrait de concilier la liberté de l'individu fondée sur le principe de libre examen et la communion de l'humanité en une communauté rectifiée et unificatrice* »³⁰². Les courants antireligieux ont pour aspiration de faire disparaître Dieu « *pour le bien et le bonheur du genre humain* »³⁰³, car « *l'homme est un être de liberté et de dignité* »³⁰⁴. Ce clivage se retrouve aujourd'hui dans les deux principales associations nationales de Libre pensée que sont la Fédération nationale de la libre pensée et l'Association des libres penseurs de France. Quand la première s'inscrit dans un courant plutôt antireligieux, la seconde apparaît plutôt anticléricale.

102. La déclaration de principe de la Fédération nationale de la libre pensée indique qu'elle souhaite tout à la fois défendre « *le principe constitutionnel de laïcité et la séparation des Églises et de l'État, garantie notamment par la loi du 9*

³⁰⁰ J. LALOUETTE, *La Libre-pensée en France : 1848-1940*, Chapitre IV.

³⁰¹ *Ibid.* : il s'agit des courants déistes et spiritualistes de la Libre-pensée.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.* : il s'agit des courants athées et matérialistes de la libre pensée.

³⁰⁴ *Ibid.*

décembre 1905 » et qu'elle « regarde les religions comme les *pires obstacles* à l'émancipation de la pensée ; elle les juge *erronées* dans leurs principes et *néfastes* dans leur action. Elle leur reproche de diviser les hommes et de les détourner de leurs buts terrestres en développant dans leur esprit la superstition et la peur de l'au-delà, de dégénérer en cléricisme, fanatisme, impérialisme et mercantilisme, d'aider les puissances de réaction à maintenir les masses dans l'ignorance et la servitude. Dans leur prétendue adaptation aux idées de liberté, de progrès, de science, de justice sociale et de paix, la Libre Pensée dénonce une nouvelle tentative, aussi perfide qu'habile, pour rétablir leur domination sur les esprits »³⁰⁵. La posture est clairement antireligieuse.

103. Issue de la scission en 1995 avec la Fédération nationale de la libre-pensée, l'Association des libres penseurs de France (ADPLF) a une posture qui paraît moins ouvertement hostile aux religions. Ses principes sont exposés bien plus brièvement sur le site internet de l'association, ils se résument à quelques lignes : « *l'ADPLF considère que toutes les religions sont critiquables et aucune ne mérite faveur ou crédit. Le libre penseur rejette donc toutes absurdités aliénantes quelles que soient les conditions sociales et économiques de leur apparition* »³⁰⁶. Tout en s'opposant fermement à toute porosité entre le politique et le religieux³⁰⁷, elle reconnaît la validité

³⁰⁵ Voir la déclaration de principe de la Fédération nationale de la Libre-pensée à l'adresse suivante : <https://www.fnlp.fr/2017/09/08/declaration-de-principe/> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁰⁶ Voir leur site internet : <https://www.libre-penseur-adlplf.com/> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁰⁷ L'association s'offusque notamment de la consultation, par le Président de la République, de représentants des principaux cultes en même temps que de représentants des loges maçonniques et groupements de libres penseurs à

absolue du choix individuel, y compris lorsqu'il passe par l'adhésion à une religion : « *lorsqu'on milite pour la liberté de conscience, il ne peut pas y avoir d'ambiguïté entre le combat pour la défendre, qui nous amène à une critique des religions, et le respect des choix de conscience de chacun* »³⁰⁸. Une interpellation rédigée en 2018 en faveur d'une loi relative au droit de mourir dans la dignité présente plus longuement les objectifs de l'association : « *Nous, Libres penseurs, nous sommes toujours battus pour que la séparation entre pouvoir politique et pouvoir religieux soit une réalité sociale, voire quotidienne. Comme le disait un conférencier libre penseur : « assurer la laïcité complète de l'esprit français ». Nous pensons donc que les choix de vie ne doivent pas être entravés par une omniprésence insidieuse des religions dans les mentalités et dans le quotidien* »³⁰⁹.

104. Jacqueline Lalouette explique que certaines dispositions juridiques de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle et de la première moitié du XX^{ème} sont le fruit d'un certain activisme des libres penseurs³¹⁰ : « *Cette activité militante a débouché sur des acquis : la Libre Pensée a indéniablement contribué à la laïcisation de la société et de l'État. À la suite de son action, les processions ont cessé de sortir des lieux consacrés au culte, les*

l'occasion de la crise de la Covid-19 : <https://www.libre-penseur-adlpf.com/a-propos-adlpf/aubaine-president-jesuite/> ; ou encore d'échanges téléphoniques entre celui-ci et le Pape : <https://www.libre-penseur-adlpf.com/a-propos-adlpf/monsieur-le-president/> (consultés le 6 septembre 2022).

³⁰⁸ <https://www.libre-penseur-adlpf.com/a-propos-adlpf/appel-de-beauvau/> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁰⁹ <https://www.libre-penseur-adlpf.com/a-propos-adlpf/2018-02-l-adlpf-s-engage-dans-les-debats-des-etats-generaux-de-bioethi/> (consulté le 6 septembre 2022).

³¹⁰ Voir la troisième partie de son ouvrage *La Libre-pensée en France : 1848-1940*, Albin Michel, 2001.

symboles religieux ont déserté les bâtiments publics, d'importants services publics - l'école, les hôpitaux, l'armée, la marine - ont été laïcisés. On ne peut ignorer le rôle joué dans la Séparation par la Libre Pensée, dont la pression a été constante durant de longues années et dont plusieurs dirigeants, notamment Aristide Briand et Ferdinand Buisson, appartenaient à la commission parlementaire chargée de cette question »³¹¹. Cet activisme politique est aujourd'hui aussi un activisme contentieux. De nombreux recours concernant la laïcité sont aujourd'hui initiés par des associations de Libre pensée, certains entraînent même des modifications substantielles de la portée de ses exigences, bien que ce ne soit pas toujours dans le sens espéré par ces groupements³¹². Les groupements de Libre pensée entretiennent des relations avec les associations maçonniques qui font elles aussi œuvre d'un certain militantisme laïque.

105. **Franc-maçonnerie.** La proximité entre maçonnerie et Libre pensée est un fait ancien. Dans un ouvrage consacré à l'histoire de la Libre-pensée Jacqueline Lalouette établit cette contiguïté³¹³. L'influence politique des associations maçonniques au XIX^{ème} siècle a été importante et s'est largement manifestée à travers la promotion de la laïcité. Jules Ferry, que l'on connaît pour les lois de laïcisation de l'école

³¹¹ *Ibid.*, conclusion.

³¹² Voir par exemple la question des crèches de la nativité, où le *modus operandi* déterminé par le Conseil d'État va plutôt dans le sens de l'assouplissement des exigences de la loi de 1905 que de leur affermissement : CE, 9 novembre 2016, n°395122, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne* ; et n°395223, *Fédération de la Libre pensée de Vendée*.

³¹³ J. LALOUILLE, *La Libre-pensée en France : 1848-1940*, Albin Michel, 2001, partie 1, chapitre III.

votées lorsqu'il était ministre de l'Instruction, était lui-même franc-maçon³¹⁴. En tant que famille de pensée les loges maçonniques bénéficient d'une certaine audience auprès des pouvoirs publics au même titre que les autres familles de pensée. Régulièrement consultées, elles font de la laïcité un principe cardinal de la République. Les principales loges maçonniques ont ainsi été auditionnées dans le cadre de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République³¹⁵ ou dans des domaines qui paraissent *a priori* plus éloignés des questions religieuses, comme la révision de la loi bioéthique³¹⁶, au sein desquels la laïcité est néanmoins présentée comme un principe de première importance.

106. Le *Grand Orient de France* rappelle constamment son attachement à la laïcité. Affirmant défendre la loi de 1905 dans son esprit et dans sa lettre, l'ensemble des Grands Maîtres du Grand Orient de France s'est déplacé auprès du Président de la République en 2008 pour s'opposer à la modification de la loi de 1905. A nouveau en 2018 plusieurs loges ont été à l'origine de l'appel des 113 s'opposant à toute modification de la loi de Séparation. Un document sur leur site internet présente vingt-cinq propositions pour une République laïque

³¹⁴ A. BAUER, R. DACHEZ, *Les 100 mots de la franc-maçonnerie*, PUF, « Que sais-je ? », 2017, Chapitre II.

³¹⁵ B. STASI, Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, 11 décembre 2003, rapport au Président de la République.

³¹⁶ Mission d'information de la conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique, audition du 27 septembre 2018.

au XXI^{ème} siècle³¹⁷. Bien que l'association indique défendre la loi de 1905, ses propositions vont non seulement dans le sens d'affermissements, mais également d'extensions des principes qu'elle contient ou qui en découlent.

L'affermissement des principes posés par la loi de 1905 est suggéré dans plusieurs propositions. Tout d'abord, par son application uniforme sur tout le territoire, qui implique la suppression des régimes spécifiques en Alsace-Moselle et en outre-mer³¹⁸. Ensuite, par la suppression de tout tempérament indirect au principe de non-financement des cultes³¹⁹ et de tout financement à l'égard des établissements scolaires privés³²⁰. Enfin, par la suppression de toute reconnaissance des diplômes délivrés par des établissements privés³²¹ ou par le Saint-Siège³²². En somme, les principes posés par la loi de 1905 ne devraient connaître aucune exception.

Des extensions de l'obligation de neutralité sont suggérées au-delà des agents du service public : il est proposé que les accompagnateurs des sorties scolaires respectent l'obligation de neutralité religieuse, philosophique et politique³²³, que

³¹⁷ Document consultable à l'adresse suivante : <https://www.godf.org/uploads/assets/file/25-propositions-du-GODF-laicite.pdf> (consulté le 6 septembre 2022).

³¹⁸ *Ibid.*, propositions 6 à 9.

³¹⁹ *Ibid.*, proposition 14.

³²⁰ *Ibid.*, proposition 11.

³²¹ *Ibid.*, proposition 16

³²² *Ibid.*, proposition 17. Voir en ce sens le recours effectué par le Grand Orient de France et d'autres associations contre le décret publiant un accord sur la reconnaissance des grades et diplômes dans l'enseignement supérieur conclu entre la France et le Saint-Siège : CE, 9 juillet 2010, n° 327663.

³²³ *Ibid.*, proposition 13.

l'interdiction de porter des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse s'applique aux usagers de l'enseignement supérieur³²⁴, de manière plus évasive il est suggéré que les élus et responsables institutionnels reçoivent une charte de la laïcité destinée à préserver la liberté de conscience des citoyens³²⁵... Il est difficile de percevoir ce que cette dernière proposition implique sinon une volonté d'encourager les élus à respecter un devoir de neutralité religieuse.

Au titre de la défense de la liberté de conscience, le Grand Orient de France a plusieurs fois exprimé son souhait que les pouvoirs publics luttent plus efficacement contre les sectes³²⁶, estimant que « *les sectes inscrites sur la liste de 1995 par la Commission Parlementaire et en particulier l'Église de Scientologie, ne peuvent être considérées comme des cultes, car leurs pratiques, leurs idéologies, de nombreux témoignages ayant été réunis à cet égard, témoignent d'atteintes à l'intégrité des corps, ainsi qu'à l'intégrité des consciences* »³²⁷. Ils soutiennent également la libéralisation du droit en matière de bioéthique, celui-ci ne devant pas être le reflet de principes moraux religieux³²⁸.

³²⁴ *Ibid.*, proposition 19.

³²⁵ *Ibid.*, proposition 2.

³²⁶ Voir leur site internet :

<https://www.godf.org/index.php/actualite/details/liens/position/nom/Prise-de-position/slug/l-offensive-des-sectes-en-europe-appelle-resistance> (consulté le 6 septembre 2022).

³²⁷ Voir leur site internet :

<https://www.godf.org/index.php/actualite/details/liens/position/nom/Prise-de-position/slug/les-sectes-appellent-resistance> (consulté le 6 septembre 2022).

³²⁸ Il soutient ainsi l'ouverture de la PMA aux couples de femme, l'ouverture de la GPA, l'institution d'une possibilité d'euthanasie active : Mission

107. Sans disparaître, les militants historiques que sont la Libre pensée et la Franc-maçonnerie participent ou sont concurrencés par un phénomène militant en constant renouvellement.

b. Les militants nouveaux

108. Le phénomène militant relatif à la laïcité ne ternit pas. Il se manifeste classiquement par la création de groupements dédiés à la défense de la laïcité.

109. **Le Comité Laïcité République**, association qui ne cache pas ses liens avec le Grand Orient de France³²⁹, est un défenseur de premier plan d'une conception républicaine de la laïcité. L'association a été fondée en 1991 par des personnalités réagissant à l'affaire du voile³³⁰. La déclaration de principe qui doit-être signée par les membres au moment de leur adhésion est assez explicite quant au sens qu'elle donne à la laïcité :

*« Fondement de l'humanisme moderne qui pose en principe premier, le droit absolu à la liberté de conscience, au libre examen, au libre choix, la **Laïcité** s'assigne pour finalité l'accès de chaque femme et de chaque, homme aux connaissances et à la responsabilité de soi dans tous les domaines de la vie. La liberté de*

d'information de la conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique, audition du 27 septembre 2018.

³²⁹ Voir l'entretien de Patrick Kessel publié le 19 janvier 2009 pour le site internet de l'association *Riposte laïque* à l'adresse suivante : <https://ripostelaique.com/Patrick-Kessel-president-d-honneur.html> : « soutenus à l'origine par le Grand Orient de France, nous avons créé cette association nouvelle » (consulté le 6 septembre 2022).

³³⁰ Parmi lesquels : Elisabeth Badinter, Alain Finkielkraut, Régis Debray...

pensée est la matrice de toutes les libertés, publiques et privées (...) La laïcité n'est pas tournée vers le passé mais vers le futur des hommes. Porteuse de l'avenir de la raison, elle œuvre au progrès de la pensée. Elle se veut libératrice de l'intelligence »³³¹.

L'association propose « *quatorze mesures pour une laïcité libératrice* »³³². Pour faire face à la « *difficulté des élus et des agents publics à résister aux pressions communautaristes* », le comité recommande entre-autre de « *mettre en place un contrôle régulier de l'utilisation des subventions publiques aux associations culturelles qui sont souvent le faux-nez d'associations cultuelles* ».

Le Comité est fréquemment sollicité par des organes politiques : comités, commissions parlementaires, institutions diverses... Il a été consulté à plusieurs reprises dans le cadre de travaux législatifs. Patrick Kessel, qui l'a longtemps présidé avant d'en devenir président d'honneur, également ancien Grand Maître du Grand Orient de France, a indiqué : « *nous avons plaidé en faveur du projet de loi sur l'interdiction des signes religieux à l'école devant la commission Stasi* »³³³. Il a été membre de feu l'Observatoire de la laïcité et désormais est membre du Conseil des sages de la laïcité – dont la mission

³³¹ Déclaration disponible sur le site internet de l'association à l'adresse suivante : <http://www.laicite-republique.org/comite-laicite-republique-declaration-de-principes-et-bulletin-d-adhesion.html> (consulté le 6 septembre 2022).

³³² <http://www.laicite-republique.org/14-mesures-pour-une-laicite-liberatrice-8-mars-2019.html> (consulté le 6 septembre 2022).

³³³ Voir l'entretien de Patrick Kessel publié le 19 janvier 2009 pour le site internet de l'association *Riposte laïque* à l'adresse suivante : <https://ripostelaique.com/Patrick-Kessel-president-d-honneur.html>

est, entre-autre, de définir une **doctrine de la laïcité**. Le Comité est consulté dans des domaines qui ne paraissent pas directement liés à la laïcité, du moins pas dans le sens juridique du principe. L'actuel président du Comité, Jean-Pierre Sakoun, a ainsi été auditionné dans le cadre de la mission d'information de la conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique en 2018³³⁴.

110. **Les penseurs militants.** Les médias incitant largement les personnalités politiques à définir leur conception de la laïcité, la notion est très investie par des personnalités politiques et les ouvrages dédiés à la notion sont nombreux. Au sens littéral, les penseurs de la laïcité sont innombrables. Toutefois, les écrits en la matière étant d'un intérêt variable, le choix a été fait d'axer la présentation sur les penseurs qui sont particulièrement consultés par les pouvoirs publics, et plus spécifiquement ceux qui ont ou ont eu un engagement politique ou militant, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas seulement la volonté de proposer une approche théorique de la laïcité mais d'influencer ses contours juridiques. Deux philosophes notamment bénéficient d'une visibilité particulière concernant la laïcité. Il s'agit d'Henri Pena-Ruiz et de Catherine Kintzler. Ils ont tous les deux beaucoup écrit sur la laïcité et leur pensée peut, par conséquent, être considérée comme particulièrement aboutie. Leur engagement peut être qualifié de militant, dans la mesure où ils ont été signataires de pétitions ou d'appels aux pouvoirs publics³³⁵, ils sont, enfin,

³³⁴ Mission d'information de la conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique, audition du 18 septembre 2018.

³³⁵ Voir notamment la tribune « Foulard islamique : « Profs, ne capitulons pas ! » publiée au *Nouvel Obs* le 2 novembre 1989 dont Madame Kintzler est signataire ; la tribune « Sauver la laïcité » publiée dans *Libération* le 28 février

systématiquement consultés par les pouvoirs publics, de sorte que l'on peut affirmer que leur pensée bénéficie d'une certaine audience susceptible d'influencer les pouvoirs publics. Henri Pena-Ruiz a, en effet, été nommé membre du Comité national de réflexion et de proposition sur la laïcité en 2002³³⁶. En 2003 il est nommé membre de la Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République ayant abouti au rapport « Stasi ». Il a été auditionné dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 11 octobre 2010³³⁷, dans le cadre de la Commission d'enquête au Sénat sur le service public de l'éducation en 2015³³⁸, dans le cadre Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi confortant le respect des principes de la République en 2021³³⁹. Il en va de même de Catherine Kintzler qui a été notamment auditionnée dans le cadre de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi confortant le respect des principes de la République en 2021³⁴⁰. La vision qu'ils proposent de la laïcité est plus large que celle exprimée

2008 dont ils sont tous les deux signataires ; la pétition de l'« Appel des 113 » s'opposant à la modification de la loi de 1905 dont ils sont tous les deux signataires également.

³³⁶ Créé à l'initiative de Jack Lang : arrêté du 14 janvier 2002, NOR : MENB0200110A, portant création du Comité national de réflexion et de propositions sur la laïcité à l'école.

³³⁷ A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, audition du 12 novembre 2009.

³³⁸ L'ensemble des auditions est disponible sur le site internet du Sénat à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150216/educ.html#toc3> (consulté le 6 septembre 2022).

³³⁹ F. BOUDIÉ, 25 janvier 2021, n° 3797, rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République, auditions du 15 janvier 2021.

³⁴⁰ *Ibid.*

par le droit français. Elle participe d'une vision particulière de la laïcité de nature à brouiller la perception de son contenu.

2. LA « LAÏCITE REPUBLICAINE » DES MILITANTS

111. Ces courants militants ne véhiculent pas nécessairement une pensée uniforme de la laïcité, mais ils ont en commun de l'envisager comme un principe intimement lié à l'idée républicaine, au service de cette dernière. Elle se conçoit comme un cadre permettant de nouer et de renforcer le lien entre les individus et la République. En ce sens, elle est un principe « positif » porteur d'un contenu moral, de valeurs qui sont précisément le combat de ses défenseurs. Quelques traits communs peuvent ainsi être dégagés des conceptions militantes de la laïcité.
112. **Liberté de conscience.** L'Homme est un être doué de raison, et l'utilisation de cette raison est pensée comme une donnée naturelle incontournable que l'État se doit de garantir positivement. Elle est envisagée comme la condition de réalisation de la démocratie. La laïcité devrait permettre avant toute chose l'acquisition de la liberté de conscience comme préalable à toute autre liberté. Régis Debray, qui fait partie des signataires de la Tribune des intellectuels, a également rédigé à la demande de Jack Lang le rapport sur l'enseignement du fait religieux dans l'école laïque, indique dans ce document : « *Le principe de laïcité place la liberté de conscience (celle d'avoir ou non une religion) en amont et au-dessus de ce qu'on appelle dans certains pays la « liberté religieuse » (celle de pouvoir choisir une religion pourvu qu'on en ait une). En ce sens, la laïcité n'est pas une option spirituelle parmi d'autres, elle est ce qui rend possible leur coexistence, car ce qui est*

commun en droit à tous les hommes doit avoir le pas sur ce qui les sépare en fait»³⁴¹. David Koussens explique très justement que l'idéal laïque des néo-républicains « *s'oppose (...) à la volonté d'emprise sur les citoyens que ces religions pourraient manifester* »³⁴², il est « *libérateur et, pourvu d'une mission d'émancipation* »³⁴³.

113. **Mise à distance de la religion.** Ceci découle presque automatiquement de la primauté de la liberté de conscience : la religion doit pouvoir être relativisée par les individus, mise à distance. En préface de l'ouvrage « Pour une pédagogie de la laïcité », rédigé par Abdennour Bidar pour guider les personnels de l'enseignement, Vincent Peillon, alors ministre de l'éducation, écrit : « *Comprendre que se dépouiller de ses signes religieux à l'entrée de l'école n'est pas une entrave à la liberté mais la condition de sa réalisation, ne va pas de soi* »³⁴⁴. Aussi il n'est pas question d'admettre une action positive de l'État pour assurer l'effectivité de la liberté religieuse, par des accommodements ou des exceptions au principe de non-financement. Ceux-ci doivent s'intégrer pleinement dans la République, et non attendre d'elle des adaptations. Les défenseurs de la laïcité républicaine se montrent ainsi hostiles à une laïcité affublée d'adjectifs : ouverte, souple, positive...

³⁴¹ R. DEBRAY, février 2002, rapport à Monsieur le ministre de l'Éducation nationale, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, p. 19.

³⁴² D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruylant, 2015, p. 43.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ V. PEILLON, Préface, in A. BIDAR, *Pour une pédagogie de la laïcité à l'école*, La documentation française, 2016, p. 6.

« Si je parle d'égalité des sexes je ne parle pas d'égalité des sexes ouverte, cela veut dire quoi ? que je laisse exister des résidus d'inégalité ? Les concepts de laïcité ouverte, inclusive, plurielle, sont des machines de guerre polémiques et sémantiques contre l'idée de laïcité »³⁴⁵.

La religion est présentée comme un écran entre le citoyen et la République qui l'empêche d'accéder à la vocation universelle de cette dernière.

« Avant d'être croyant ou non, nous sommes hommes sans différenciation. Cela doit primer sur ce qui nous différencie (...) Il faut relativiser les différences, les assigner à résidence. La finalité d'un État républicain c'est la chose commune à tous, l'intérêt général. (...) La laïcité est un processus d'émancipation qui a une exigence : la distance à soi »³⁴⁶.

114. Dans le même sens Catherine Kintzler voit dans la laïcité un principe participant de la construction d'une sphère publique neutre. Elle distingue, pour l'application du principe de laïcité, les lieux de production du droit des lieux de jouissance du droit. Par cette distinction, elle donne à la sphère de l'action publique une conception extensive sur laquelle va reposer l'application de l'exigence de neutralité. Les lieux de production du droit sont ainsi des lieux où le principe de

³⁴⁵ H. PENA-RUIZ, Audition dans le cadre de la Commission d'enquête Service public de l'éducation, Sénat, jeudi 19 février, vidéo disponible à l'adresse suivante : http://videos.senat.fr/video.140357_57cd2326840af.ce-service-public-de-l-education-reperes-republicains-et-difficultes-des-enseignants?timecode=3996000 (consulté le 6 septembre 2022).

³⁴⁶ *Ibid.*

neutralité doit prévaloir, tandis que dans les autres lieux la liberté est la règle. Cette idée d'une liberté qui s'apprend et se maintient à travers la laïcité indique que c'est bien la liberté de conscience qui est le moyen et la fin de l'association politique laïque : chacun doit penser sa liberté individuelle comme compatible avec celle de tous et donc être en mesure d'avoir un recul critique vis à vis de ses convictions pour les laisser de côté lorsque cela est nécessaire.

115. **Rôle de l'école publique.** Teintée d'humanisme, la laïcité républicaine est marquée par une démarche éducative. L'école publique cristallise les enjeux sus-évoqués. Lieu d'acquisition du savoir, elle est considérée par tous les défenseurs de la laïcité républicaine comme le lieu privilégié d'application du principe de laïcité. Ce dernier n'est plus conçu dans ce cadre comme un principe ne valant que pour les agents du service public. Il intervient à tous les niveaux : non-seulement il doit conduire la République à refuser de financer des écoles privées confessionnelles, mais il doit aussi s'imposer aux usagers du service public et à tous ceux qui entrent à l'école. C'est ainsi que le renouveau de la laïcité républicaine a été concomitant de l'affaire du voile, et que les personnes morales et physiques sus-évoquées demandent son extension aux usagers de l'enseignement supérieur. Lieu de construction des citoyens, l'enseignement, à tous ses degrés, ne doit laisser aucune place à la religion. Bien-sûr, l'idée de fond repose sur le postulat que religion et savoir s'opposent et que pour acquérir ce dernier il faut d'une certaine manière arracher les individus à leurs appartenances religieuses.

« L'école républicaine doit être celle de la distance à soi pour éviter le fanatisme. (...) On n'est pas une religion, on a une religion »³⁴⁷.

116. Poursuivant ses développements sur les espaces de production du droit, Catherine Kintzler y intègre l'école publique. Selon elle, les élèves ne sont pas encore des citoyens libres mais des citoyens en construction. Dans sa philosophie, l'école fait figure d'espace particulier : les professeurs « *participent à l'institution du droit* »³⁴⁸ en ce qu'ils construisent les futurs citoyens. L'école doit ainsi être assimilée à un lieu de production du droit en tant qu'il produit les citoyens qui voteront et seront peut-être élus :

« La question qui se pose c'est de savoir de quel côté sont les élèves : du côté de la jouissance du droit, ou du côté de la production du droit ? Vous comprenez que la question de l'École est décisive. Moi je considère que l'espace scolaire est un espace de production du droit, certes pas au sens juridique - parce que là un juriste pourrait me reprendre et il dirait certainement : non, on ne vote pas de lois à l'École (...) Mais il est clair que, lorsqu'on a affaire à des libertés en voie de constitution, on n'a pas le droit de leur asséner le poids de la liberté avant de les avoir mises debout »³⁴⁹.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ J.-C. POIZAT, « Débat entre Abdenmour Bidar et Catherine Kintzler sur la laïcité et la place de la religion dans l'espace public », *Le Philosophoire*, 1 janvier 2012, n° 29, p. 235.

³⁴⁹ *Ibid.*

117. Ces éléments relèvent d'une philosophie particulière. S'ils ont pu les inspirer, ils ne peuvent pas être pleinement confondu avec les contours juridiques du principe de laïcité. Les grandes idées des différentes personnes qui militent aujourd'hui en faveur de la laïcité sont des idées largement héritées du positivisme scientifique, ce qui explique que celles-ci convergent vers une conception de la laïcité que l'on peut qualifier de « républicaine ».

B. UNE PERCEPTION BROUILLEE PAR LES DISCOURS OFFICIELS

118. La laïcité a fait un retour marqué dans le discours politique. Elle est désormais revendiquée par l'ensemble des courants politiques qui n'y mettent toutefois pas tous les mêmes éléments (1). Le contenu de la laïcité est désormais également parasité par le déploiement d'un dispositif institutionnel qui ne fait qu'accroître ce foisonnement discursif (2).

1. LES DISCOURS POLITIQUES

119. **La laïcité est redevenue un thème important dans le débat public.** Elle l'a été dans la période qui a précédé la loi de Séparation des églises et de l'État : la laïcité était un thème central, principalement à gauche. Son inscription dans la Constitution en 1946 a surtout donné lieu à des débats concernant l'alinéa 13 du préambule car certains craignaient qu'il n'aboutisse à un monopole étatique de l'enseignement. Toutes les lois sur l'enseignement ont donné lieu à des débats particulièrement intenses. Jean-Louis Halpérin montre que dans la période qui suit la Seconde guerre mondiale, les juristes ont tendance à concentrer les développements sur la

laïcité sur le problème scolaire³⁵⁰. Aujourd'hui, la laïcité est peu remise en question dans son bien-fondé, dans le régime de séparation des églises et de l'État qu'elle propose, mais plutôt dans sa capacité à répondre aux enjeux liés au développement de religions qui étaient peu pratiquées en France lorsqu'elle a été pensée. Partant de débats essentiellement consacrés à la question scolaire, « l'affaire du foulard » a été une affaire clé car tout en se déroulant sur le terrain scolaire, elle mettait en jeu une religion dont la visibilité devenait de plus en plus importante : l'Islam. Aussi il ne faut pas s'étonner que cette affaire soit présentée comme le point de départ d'une réflexion renouvelée autour de la laïcité car elle concentre deux aspects essentiels du débat sur la laïcité : l'un d'eux l'a toujours été, il s'agit de la question scolaire ; l'autre devait le devenir : il s'agit de la question de l'Islam. C'est ainsi que cette affaire et son aboutissement juridique marquent, selon Stéphanie Hennette-Vauchez, « *la rupture fondamentale* »³⁵¹ dans l'histoire du principe.

120. **Développement d'une laïcité en décalage avec la laïcité juridique dans le discours politique.** Ainsi un véritable décalage entre la laïcité en droit et la laïcité dans le discours sur le droit s'est développé entre 1989 et 2004, moment où le législateur est intervenu pour entériner juridiquement certaines des évolutions suggérées. Ce décalage se perçoit notamment dans le discours de Jacques Chirac sur le respect

³⁵⁰ J.-L. HALPÉRIN, « 6. La représentation de la laïcité parmi les juristes français et étrangers », in P. WEIL (éd.), *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, PUF, 2007, p. 181.

³⁵¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Autour de la « nouvelle laïcité » : entre droit et sciences sociales, dialogue épistémologique avec David Koussens », *Revue des Droits de l'Homme*, 2018, n° 14.

du principe de laïcité dans la République du 17 décembre 2003 :

« Notre combat pour les valeurs de la République doit nous conduire à nous engager résolument en faveur des droits des femmes et de leur égalité véritable avec les hommes. Ce combat est de ceux qui vont dessiner le visage de la France de demain. Le degré de civilisation d'une société se mesure d'abord à la place qu'y occupent les femmes. Il faut être vigilant et intransigeant face aux menaces d'un retour en arrière et elles existent. Nous ne pouvons pas accepter que certains, s'abritant derrière une conception tendancieuse du principe de laïcité, cherchent à saper ces acquis de notre République que sont l'égalité des sexes et la dignité des femmes »³⁵².

Le constat du Président de la République selon lequel il y aurait une « *conception tendancieuse du principe de laïcité* » a de quoi surprendre. En réalité, le principe de laïcité tel qu'il était alors appliqué ne permettait pas d'interdire le port d'un signe ou vêtement religieux, seul l'ordre public pouvait servir de fondement³⁵³, et le Conseil d'État avait considéré que le port du foulard n'était pas par lui-même de nature à troubler le fonctionnement du service public³⁵⁴. Le discours de Jacques Chirac révèle ainsi l'existence d'un véritable décalage entre les contours juridiques de la laïcité et ses contours idéologiques. Aussi, il est à l'initiative de la première étape d'une évolution juridique de la laïcité en demandant la création de la

³⁵² J. CHIRAC, « Discours au palais de l'Élysée », 17 décembre 2003.

³⁵³ CE int., avis, 27 novembre 1989, n° 346893, *Port du foulard islamique*.

³⁵⁴ J. CHIRAC, Discours sur le respect du principe de laïcité dans la République, 17 décembre 2003.

Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République³⁵⁵.

121. En 2003, François Baroin remet un rapport intitulé « Pour une nouvelle laïcité »³⁵⁶ au Premier ministre Jean-Pierre Raffarin. Le rapport, comme le suggère son titre, a le mérite de ne pas chercher à déformer le principe de laïcité mais d'assumer pleinement une volonté réformatrice de ses contours juridiques :

« il apparaît aujourd'hui distinctement que la question posée au Conseil d'État en 1989 n'était sans doute pas la bonne. (...) La question du voile est une question politique et non juridique, et c'est la compétence du Parlement, qui exprime la souveraineté nationale, que de définir le sens de la laïcité et la position à adopter face au développement de l'islamisme et du communautarisme ».

Il plaide pour une redéfinition du principe de laïcité en partant du constat que le cadre juridique est alors insuffisant pour en étendre la portée :

« Les grandes lois laïques de la III^{ème} République ont établi des principes qui règlent les relations entre l'État et les religions, mais ces principes ne permettent pas toujours de répondre aux questions posées aujourd'hui,

³⁵⁵ Qui sera l'auteur du rapport dit « Stasi » : B. STASI, Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, 11 décembre 2003, rapport au Président de la République.

³⁵⁶ F. BAROIN, *Pour une nouvelle laïcité*, 2003, consultable à l'adresse suivante : <https://www.voltairenet.org/rubrique506.html?lang=fr> (consulté le 6 septembre 2022).

en particulier par l'islam. Le Conseil d'État a été confronté à cette difficulté en 1989. En l'absence de base législative claire, il a rendu un avis préconisant une position d'équilibre entre plusieurs principes. Ce délicat équilibre montre aujourd'hui ses limites à la fois en termes de sécurité juridique et d'applicabilité face aux pressions communautaristes (...) Lutter contre la fracture démocratique, contre l'exclusion et le communautarisme, c'est d'abord restaurer le projet laïc dans sa dimension humaniste et politique ».

122. **La réappropriation par tous les courants politiques du thème de la laïcité** est désormais une évidence. En 2012 le candidat du Parti socialiste élu Président de la République François Hollande proposait la constitutionnalisation du titre premier de la loi de 1905. Une particularité de l'évolution de la laïcité dans le discours politique est qu'elle a longtemps été l'apanage de la gauche avant d'être très utilisée par la droite et l'extrême-droite. C'est donc désormais une notion que l'on retrouve, selon des objectifs variables, dans tous les courants politiques. En consultant le programme des seuls quatre candidats arrivés en tête au premier tour de l'élection présidentielle de 2017, la présence de la laïcité dans les thématiques politiques saute aux yeux. Le programme « En marche ! » d'Emmanuel Macron s'y réfère à plusieurs reprises et propose de « *préserver le cadre de la laïcité* ». Le projet présidentiel du Rassemblement National de 2017³⁵⁷ compte trois propositions faisant référence à la laïcité. Le programme du candidat Les républicains François Fillon consacre six propositions en deux pages à la question de la laïcité. Le programme l'avenir en commun de

³⁵⁷ Que l'on retrouve sans difficultés sur le site internet du Rassemblement national.

La France Insoumise en 2017³⁵⁸ contient six propositions pour fonder une sixième République laïque. Lors de l'élection présidentielle de 2022, le paysage composé par les quatre candidats arrivés en tête à l'élection est partiellement différent. C'est toujours Emmanuel Macron qui est en tête, suivi de Marine Le Pen. Leurs programmes respectifs se réfèrent à la laïcité. Dans le programme du Président candidat il est indiqué que « *les principes de la laïcité ont été défendus contre tout ce qui les menace. Surtout, des moyens, là aussi sans précédent, ont été mis en œuvre pour agir sur le terrain contre les séparatismes, en particulier l'islam radical* »³⁵⁹. La candidate du Rassemblement national³⁶⁰ propose dans son programme consacré à l'école un « *retour à la laïcité dans les établissements actuellement soumis à des menées islamistes* » ainsi que l'« *interdiction par la loi du port du voile islamique pour les accompagnantes de sorties scolaires, en inscrivant dans les textes le statut de « collaborateur occasionnel du service public », soumis au principe de laïcité, des accompagnateurs* ». La laïcité se retrouve également, comme pour le candidat vainqueur, dans la partie thématique consacrée à la sécurité et plus spécifiquement à la lutte contre l'islamisme et dans celle consacrée à l'immigration. Le troisième candidat arrivé en tête au premier tour, Jean-Luc Mélenchon, consacre un livret thématique complet à la

³⁵⁸ Dont une version numérique réalisée par les adhérents est consultable sur le site internet suivant : <https://laecc.fr> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁵⁹ Voir le programme « Avec vous » disponible à l'adresse suivante : <https://avecvous.fr/wp-content/uploads/2022/03/Emmanuel-Macron-Avec-Vous-24-pages.pdf> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁶⁰ Son programme, ses propositions et ses livrets thématiques sont consultables à l'adresse suivante : <https://mlafrance.fr/programme> (consulté le 6 septembre 2022).

laïcité³⁶¹. Contrairement aux candidats précédents, il ne mobilise pas la laïcité pour en faire un instrument de lutte contre l'islamisme et propose plutôt d'affermir certains aspects, comme le principe de non-financement des cultes. Enfin, le quatrième candidat arrivé en tête au premier tour, Éric Zemmour, n'y fait pas référence. S'il propose plusieurs mesures pour lutter contre l'islamisme radical, ce n'est pas, contrairement à Marine Le Pen et Emmanuel Macron pour défendre le principe de laïcité mais pour défendre « *la civilisation* » française³⁶². Ce panorama très partiel ne doit pas laisser entendre que la laïcité n'est pas un thème traité par les autres courants politiques. Ainsi que Jean Baubérot l'explique dans l'un de ses ouvrages, « *la gauche laïque se trouve mise à rude épreuve. La laïcité, qui semblait constituer un élément essentiel de son identité, est aujourd'hui brandie comme une oriflamme par la droite dure et par l'extrême droite* »³⁶³. Ce phénomène commence, selon lui, dans les années 2010 lorsque l'extrême droite utilise la notion de laïcité pour critiquer violemment les prières de rue. Elle est rapidement suivie par la droite qui, de la même manière, utilise le débat sur la laïcité pour discuter de l'Islam. Une utilisation particulièrement audacieuse, alors que Nicolas Sarkozy, quelques années plus tôt, prononçait un discours au Palais du Latran à Rome dans lequel il proposait une vision de la laïcité plutôt ouverte aux religions, du moins ouverte au christianisme : « *La laïcité n'a pas le pouvoir de couper la France de ses racines chrétiennes (...) Le temps est désormais venu que, dans un même esprit, les religions, en particulier la*

³⁶¹ Le programme et les livrets thématiques peuvent être consultés à l'adresse suivante : <https://melenchon2022.fr/> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁶² Le programme peut être consulté à l'adresse suivante : <https://programme.ericzemmour.fr> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁶³ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2014, p. 7.

religion catholique qui est notre religion majoritaire, et toutes les forces vives de la nation regardent ensemble les enjeux de l'avenir et non plus seulement les blessures du passé »³⁶⁴. Évidemment, tous les courants politiques n'utilisent pas la laïcité pour les mêmes fins, tous n'en présentent pas la même conception. De manière très schématique, la gauche est plutôt marquée par une philosophie humaniste anticléricale, voire antireligieuse dans ses extrêmes, quand la droite tend vers une conception plus ouverte lorsqu'il s'agit des cultes historiquement pratiqués, et identitaire lorsqu'il s'agit des cultes « nouveaux », particulièrement de l'Islam. La réalité est bien moins manichéenne car aujourd'hui la thématique de l'Islam et de la laïcité traverse tous les courants politiques. Michel Wieviorka souligne ainsi qu'*il faut certainement désormais opposer deux usages politiques actuels de la laïcité, qui ne sont plus exactement les mêmes que ceux des combats ayant abouti à la loi de 1905. Ces derniers avaient fait apparaître deux conceptions de la laïcité, l'une antireligieuse, désireuse, comme disait Voltaire, d'écraser l'infâme, l'autre, soucieuse de respecter la liberté de conscience et de simplement séparer les Églises de l'État. Ces deux versions s'épaulaient, elles étaient l'une et l'autre soucieuses de libération et d'émancipation, et la seconde, qui l'a emportée, était certainement la plus décisive. Aujourd'hui deux conceptions de la laïcité s'opposent et non plus s'épaulent. L'une, associée à la défense de l'intégrité morale et nationale du pays, arc-boutée sur un mélange étonnant d'antireligion républicaniste et de nationalisme, ne comporte plus aucune portée émancipatrice ou libératrice : c'est celle qui s'en prend à l'Islam sur un mode défensif. L'autre, au contraire, cherche*

³⁶⁴ N. SARKOZY, Discours au Palais du Latran, 20 décembre 2007, *Verbatim* publié dans le journal Le Monde, 21 décembre 2007.

à trouver les conditions qui permettront aux musulmans de vivre leur foi normalement, plutôt qu'en étant stigmatisés, maltraités, contraints à prier par exemple dans des caves ou des garages. Les deux fronts sur lesquels se faisait dans le passé la mobilisation étaient associés, ils allaient dans le même sens ; aujourd'hui, ils sont opposés »³⁶⁵.

123. **Tensions.** Le décalage entre la laïcité des discours et la laïcité dans le droit est de nature à susciter des tensions. Ces tensions sont particulièrement visibles dans le cadre de la Commission de réflexion sur le voile intégral en 2009. Des professeurs de droit sont auditionnés à cette occasion. En toute logique ils fournissent une réflexion juridique, à la fois sur le principe de laïcité, mais également sur la dignité de la personne humaine, l'ordre public, les risques tenant à la constitutionnalité et à la conventionalité d'une loi interdisant le voile intégral... Aux réflexions juridiques, portant précisément sur ce qu'était le cadre juridique et la marge de manœuvre laissée par les différentes normes fondamentales, succèdent des réponses agacées, pour ne pas dire agressives, des membres de la commission, particulièrement à l'égard de l'intervention de Bertrand Mathieu :

« Je m'étonne que nos professeurs de droit restent ainsi prisonniers des constructions juridiques et

³⁶⁵ M. WIEVIORKA, « L'ambivalence de la laïcité en France », in J. BAUBÉROT, M. MILOT, P. PORTIER, (dir.), *Laïcité, laïcités : reconfigurations et nouveaux défis Afrique, Amériques, Europe, Japon, Pays arabes*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2014, p. 90.

jurisprudentielles existantes... Il faut se libérer des décisions de justice ! »³⁶⁶.

« Monsieur le professeur, je comprends qu'un juge puisse être prisonnier du droit existant, mais j'ai du mal à admettre qu'un professeur-chercheur le soit »³⁶⁷.

124. Ce phénomène de repolitisation est concomitant d'une très forte médiatisation de la notion : « *Depuis un quart de siècle, la conception de la laïcité se fonde sur des « affaires » médiatiquement construites. Les politiques n'interviennent, en général, que dans un second temps, en se trouvant constamment exposés face aux médias* »³⁶⁸. La laïcité est devenue une question de premier plan dans les médias, le terme est quotidiennement utilisé, et les personnalités politiques sont sommées de se prononcer. Dans son rapport 2016-2017, l'observatoire de la laïcité souligne ce phénomène : « (...) *il est plus nécessaire que jamais de dresser l'état des lieux de la laïcité avec une grande rigueur d'analyse. Et ce d'autant plus qu'elle est un objet important du débat politique à l'occasion de la campagne de l'élection présidentielle* »³⁶⁹. Est également abordée la question du traitement médiatique de la notion de laïcité. Une inquiétude est soulevée quant au « *caractère éventuellement « passionné*

³⁶⁶ J. MYARD in A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national.

³⁶⁷ P. FORGUES, *ibid.*

³⁶⁸ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2014, p. 103.

³⁶⁹ Rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité 2016-2017, avril 2017, p. 1.

» *du traitement médiatique de la laïcité* » qui engendre « *le risque, de fait, d'empêcher toute approche rationnelle* »³⁷⁰.

125. Ces phénomènes entretiennent dans l'opinion publique une grande confusion autour du principe, confusion qui devient aussi celle des pouvoirs publics, notamment locaux, des militants, et des administrés. En conséquence le contentieux y trouve un vrai renouveau. En conséquence également, l'État multiplie les institutions et instruments à visée pédagogique pour veiller à la bonne application du principe et l'expliquer. Tout cela étant symptomatique d'une perte de sens du principe.

2. LES DISCOURS INSTITUTIONNELS

126. Assez logiquement, le foisonnement politique autour de la laïcité génère un foisonnement administratif. Les institutions chargées de réfléchir, observer, ou suggérer des évolutions quant à la laïcité n'ont cessé d'être multipliées.

127. **Historique.** Le Haut conseil à l'intégration a été créé par un décret du 19 décembre 1989 pour « *donner son avis et de faire toute proposition utile, à la demande du Premier ministre, sur l'ensemble des questions relatives à l'intégration des résidents étrangers ou d'origine étrangère* »³⁷¹. S'il a été créé dans le cadre de l'affaire du voile pour réfléchir à toutes les questions relatives à l'intégration, Nicolas Sarkozy lui a confié une mission de suivi des questions liées au principe de laïcité en

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 17.

³⁷¹ Décret du 19 décembre 1989, n°89-912, portant création d'un Haut Conseil à l'intégration.

2010³⁷². Le HCI n'a toutefois pas attendu 2010 pour se saisir de ces questions puisqu'en 2007 déjà il rend un avis sur la laïcité dans les services publics dans lequel il propose un projet de Charte de la laïcité³⁷³. Cette autorité déploie globalement une doctrine assez rigoureuse de la laïcité. En 2013, dans un avis sur l'expression des convictions religieuses dans l'enseignement supérieur³⁷⁴ il préconise un certain nombre d'extensions dans l'application des exigences de la laïcité³⁷⁵. Le HCI est dissout de fait par défaut de renouvellement des membres. La raison est attribuée à la création, en 2013, de l'Observatoire de la laïcité. Ce dernier a été supprimé au profit d'un Comité interministériel de la laïcité le 15 juillet 2021. Il fournissait un ensemble de documents -rapports, guides, supports didactiques- très riche dont certains peuvent s'apparenter à des normes de droit souple³⁷⁶.

128. **Cadre actuel.** La création du Comité interministériel est allée avec la désignation de « référents laïcité » dans toutes les administrations de l'État, des collectivités territoriales et des

³⁷² Par une lettre du 26 avril 2010. Information issue du site internet des archives du HCI : <http://archives.hci.gouv.fr/Creation-d-une-mission-laicite.html> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁷³ HCI, janvier 2007, avis à Monsieur le Premier ministre, projet de charte de la laïcité dans les services publics,.

³⁷⁴ HCI, 28 mars 2013, avis expression religieuse et laïcité dans les établissements publics d'enseignement supérieur en France.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 33 s. : le HCI recommande notamment l'interdiction pour les usagers de l'enseignement supérieur public de porter des signes et tenues manifestant ostensiblement une appartenance religieuse ou l'application des règles relatives aux photos d'identités sur les documents servant à l'identification des personnes à la carte d'étudiant.

³⁷⁶ *Cf. infra* § 220 s.

établissements de santé³⁷⁷. Les missions des référents laïcité sont prévues par l'article 5 du décret les instituant :

« Le référent laïcité exerce les missions suivantes :

1° Le conseil aux chefs de service et aux agents publics pour la mise en œuvre du principe de laïcité, notamment par l'analyse et la réponse aux sollicitations de ces derniers portant sur des situations individuelles ou sur des questions d'ordre général ;

2° La sensibilisation des agents publics au principe de laïcité et la diffusion, au sein de l'administration concernée, de l'information au sujet de ce principe ;

3° L'organisation, à son niveau et le cas échéant en coordination avec d'autres référents laïcité, de la journée de la laïcité le 9 décembre de chaque année.

A la demande de l'autorité mentionnée aux 1° à 3° de l'article 1er, le référent peut être sollicité en cas de difficulté dans l'application du principe de laïcité entre un agent et des usagers du service public.

Les modalités d'exercice des missions prévues au présent article peuvent être précisées par l'autorité mentionnée aux 1° à 3° de l'article 1^{er} ».

³⁷⁷ Décret du 23 décembre 2021, n° 2021-1802, relatif au référent laïcité dans la fonction publique.

Leur mission devrait a priori se limiter à la mise en œuvre pratique du principe de laïcité -conseil et sensibilisation- et à l'organisation de la journée de la laïcité. La création de ces référents est toutefois symptomatique de difficultés réelles dans la mise en œuvre du principe de laïcité, qui peuvent soit être le résultat d'un changement d'orientation du principe souhaité par l'administration sans aller jusqu'à modifier les principes juridiques, soit le résultat d'un changement des données factuelles entraînant des difficultés pratiques plus nombreuses. Toujours est-il que la mise en œuvre d'un principe ayant près de 120 ans n'avait jusqu'alors pas suscité la désignation de personnes ayant pour fonction d'en assurer la bonne application et la bonne compréhension, le changement ne peut être considéré comme anodin.

129. Le déploiement de ces institutions nouvelles concerne particulièrement et sans surprise le milieu scolaire. A partir de 2017 est mis en place un « *un dispositif spécifique pour assurer à la fois une bonne transmission du principe de laïcité et veiller à son respect dans les écoles et les établissements* »³⁷⁸. Il comprend un « Conseil des sages de la laïcité ». Institué auprès du ministre de l'Éducation nationale en 2018, il est chargé, selon les informations que l'on peut trouver sur le site internet du ministère de l'Éducation nationale, de la jeunesse et des sports :

« de préserver et de renforcer ce modèle républicain en apportant une réponse systématique à chaque atteinte au principe de laïcité et un soutien clair à tous les

³⁷⁸ Équipes académiques laïcité et fait religieux, cahier des charges, disponible à l'adresse suivante : <http://eduscol.education.fr/cid126696/la-laicite-a-l-ecole.html> (consulté le 6 septembre 2022).

personnels d'enseignement, d'éducation, de direction et d'inspection, administratifs et techniques. (...) Un conseil des sages a été installé par le ministre de l'Éducation nationale Jean-Michel Blanquer pour fixer une doctrine commune sur le sujet »³⁷⁹.

Fonctions que l'on retrouve dans une formulation similaire dans la lettre de mission adressée par le ministre Jean-Michel Blanquer à la présidente du Conseil des sages, Dominique Schnapper³⁸⁰. Celle-ci a indiqué dans une entrevue pour la radio France inter que le but de ce conseil était avant tout de faire respecter la loi car les exigences de la laïcité seraient souvent oubliées, bafouées ou mal comprises³⁸¹. La composition du Conseil des sages laisse comprendre que sa mission ne se limite pas à la bonne application de la laïcité mais également à l'établissement d'une doctrine³⁸². Deux personnalités étant spécialisées dans le droit s'y trouvent : Frédérique de la Morena, Maitresse de conférences en droit public, et Jean-Éric Shoettl, Conseiller d'État honoraire. Les autres membres sont essentiellement des personnalités liées

³⁷⁹ <https://www.education.gouv.fr/le-conseil-des-sages-de-la-laicite-41537> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁸⁰ Également consultable sur le site internet du ministère de l'Éducation nationale, de la jeunesse et des sports.

³⁸¹ Émission « Le grand face-à-face », podcast disponible à l'adresse suivante : <https://www.franceinter.fr/emissions/le-grand-face-a-face/le-grand-face-a-face-03-juin-2018> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁸² Voir par exemple la réponse du ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche à la question écrite de Bernard Perrut du 17 avril 2018, n° 7457, publiée au *JOAN* du 14 août 2018 : « *Le Ministre a renforcé le dispositif avec la création, cette année, d'un conseil des sages de la laïcité, composé d'experts et placé auprès du Ministre, qui précise une **doctrine claire et commune** pour l'institution scolaire en matière de laïcité et de fait religieux* ».

au monde de l'éducation, des professeurs de sciences humaines à l'instar de Catherine Kintzler qui est Professeur de philosophie, ou des personnalités n'ayant aucun rapport avec l'éducation ou le droit comme Ghaleb Bencheikh, qui est écrivain et islamologue, et Patrick Kessel qui est journaliste, essayiste et ancien grand maître du Grand Orient de France³⁸³. Il est quelque peu étonnant qu'un conseil qui dit avoir pour mission de « faire appliquer le droit » ne soit pas composé davantage de personnes dont c'est le métier. On comprend que les personnalités choisies pour siéger dans ce conseil ne sont pas là en premier lieu pour connaître le droit et apporter des clarifications quant à sa mise en œuvre à l'école, mais, contrairement à ce qu'indique sa présidente et comme l'indique d'ailleurs le ministère de l'Éducation nationale, pour créer et défendre une « doctrine » de la laïcité. Le Conseil des sages de la laïcité a bien une vocation créative.

130. Le dispositif institutionnel mis en place comprend également une « Équipe nationale « Valeurs de la République » »³⁸⁴. Cette équipe nationale est relayée au niveau local par des équipes académiques au départ nommées « laïcité et fait religieux » et désormais appelées « équipes Valeurs de la République » dont le rôle est d'apporter « *un soutien concret à l'établissement, notamment en situation de crise : expertise pédagogique, juridique et éducative* »³⁸⁵. Elles font remonter au niveau national les informations relatives à leurs activités et les faits les

³⁸³ La liste complète des membres est disponible à l'adresse suivante : <https://www.education.gouv.fr/le-conseil-des-sages-de-la-laicite-41537> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁸⁴ La présentation schématique du dispositif institutionnel est consultable au lien suivant : <https://www.education.gouv.fr/le-conseil-des-sages-de-la-laicite-41537> (consulté le 6 septembre 2022).

³⁸⁵ *ibid.*

plus graves. Leur rôle est présenté de manière plus détaillée sur le site internet des académies. Selon celui de l'académie de Limoges, ces équipes ont pour fonction de :

« Prévenir les atteintes à la laïcité, et plus globalement aux valeurs de la République, à travers la formation statutaire des personnels d'encadrement, des personnels d'éducation et des professeurs ;

Soutenir les professeurs et personnels dans leurs missions quotidiennes et assurer un suivi durable des écoles et établissements ;

Valoriser les actions en faveur des valeurs de la République ;

Recueillir les faits en cas d'atteinte aux valeurs de la République ;

Réagir rapidement en se déplaçant si nécessaire sur site ;

Favoriser une analyse objective des situations d'atteinte au principe de laïcité ;

Proposer des réponses à la fois pédagogiques, réglementaires et disciplinaires appropriées à la gravité des situations signalées »³⁸⁶.

³⁸⁶ <https://www.ac-limoges.fr/l-equipe-academique-valeurs-de-la-republique-121992> (consulté le 6 septembre 2022).

131. L'ensemble de ces institutions est chargé de veiller à la bonne application des exigences de la laïcité. Il produit un certain nombre de documents à l'intention des agents publics ou des usagers du service public qui ne sont pourtant pas toujours de la plus grande clarté sans être forcément dépourvus de portée normative³⁸⁷. Les personnels de l'éducation sont ainsi destinataires d'un certain nombre de documents -guides, chartes, outils pédagogiques- dont la vocation est plus philosophique que juridique. Un ouvrage sur la pédagogie de la laïcité à destination des personnels de l'enseignement public a été rédigé par le professeur de philosophie Abdennour Bidar. Il ne comporte pas moins de cent-quarante-et-unes pages censées permettre aux enseignants de comprendre la laïcité pour la transmettre. Le but de cet ouvrage n'est pas, à proprement parler, juridique. Il n'est en effet probablement pas nécessaire de rédiger un support aussi long pour rappeler le principe de neutralité des agents du service public et l'interdiction de porter des signes religieux ostensibles. Rédigé par un philosophe, sa vocation est davantage philosophique et la conception de la laïcité qui y est exprimée correspond aux grands traits de la laïcité républicaine. La préface, rédigée par Vincent Peillon, indique que le but de l'ouvrage est d'assurer le respect de la laïcité, et précise :

« Ce respect, ce doit être celui de la laïcité et des règles - des contraintes parfois - qui en découlent. Ce doit être aussi, et peut-être surtout, le respect pour la laïcité, pour la promesse républicaine de liberté, d'égalité et de fraternité qu'elle rend possible.

³⁸⁷ Cf. *infra* § 223.

Ce respect doit s'ancrer dans une culture de la laïcité, dans un contenu qu'on ne saurait résumer aux interdits qu'elle pose. La laïcité n'est pas une injonction qu'on pourrait assener en guise d'argument final face à une contestation ou lors d'un conflit. Son pouvoir de libérer les esprits des chaînes qui les entravent et d'amener par la raison à la conscience de l'universel par-delà les particularismes, les différences et les religions, doit être formulé, expliqué, argumenté. Certes, nul n'est censé ignorer la loi, a fortiori un principe constitutionnel. Mais cette connaissance des règles, de leur histoire, de leur justification, les élèves n'y accéderont ni par les médias, ni sur internet, ni dans la rue ou leur famille : c'est à l'école d'y pourvoir »³⁸⁸.

La laïcité, dans cet ouvrage, ne se limite ainsi pas à un principe organisateur, mais revêt les caractères d'un principe dont le respect traduit le respect des valeurs de la République. Plus loin Abdenmour Bidar écrit :

« La laïcité est le matériau dont est faite l'enceinte scolaire. C'est grâce à elle, en effet, que l'enfant et l'adolescent trouvent à l'école les conditions de sécurité intellectuelle et morale indispensables pour qu'ils apprennent, d'une part à émanciper leur propre personne des conditionnements culturels reçus au dehors, d'autre part à exprimer leur propre singularité ou différence d'une façon qui soit compatible avec la même liberté d'expression pour tous. L'enceinte de l'école laïque est le lieu que notre société a neutralisé (idéologiquement) pour accueillir et favoriser

³⁸⁸ A. BIDAR, « Pour une pédagogie de la laïcité à l'école », 2016, p. 6.

l'apprentissage de la liberté personnelle et du respect d'autrui. L'individu y apprend l'autonomie, ainsi qu'à voir l'utilité éthique et sociale des règles d'expression de la liberté »³⁸⁹.

132. La multiplication des institutions para-administratives et des supports divers et variés adressés aux agents publics et aux administrés participe d'un brouillage du contenu de la laïcité. Elle est autant le symptôme que la réponse que les pouvoirs publics essaient d'apporter à ce qui paraît être une perte de compréhension de la laïcité ou l'affirmation d'un sens renouvelé.

³⁸⁹ *Ibid.*, pp. 26-27.

CONCLUSION DU TITRE

133. « *Il ne faudrait cependant pas disqualifier les idées personnelles ou collectives qui circulent sur la laïcité et réduire celle-ci à son essentiel qui serait le régime institué qui nous gouverne. La somme de ces idées divergentes constitue une réalité significative : si le régime pose les règles du jeu, cette somme porte en elle les enjeux qui nous divisent* »³⁹⁰. L'étude de la fonction et du contenu de la laïcité confirment la nature complexe de la notion. Fruit d'un contexte particulier, elle se développe en tant que projet politique d'émancipation du pouvoir. Tout conflit de légitimité implique son lot de tensions, aussi c'est à juste titre que l'on a pu évoquer l'existence d'une laïcité combative. De cette laïcité combative que reste-t-il *passé le seuil du droit*? Les textes par lesquels s'incarne juridiquement la notion de laïcité en font une notion plus défensive que combative. Elle sert à maintenir la distinction entre ce qui relève de l'association politique et ce qui relève de la religion. Ses exigences réitèrent cette volonté de distinction à la fois organique -par la séparation des églises et de l'État- et philosophique -par la neutralité de l'État. La laïcité n'a pourtant pas perdu sa dimension combative dans la société, ainsi qu'en atteste la multiplication des discours militants, politiques et institutionnels où « *chacun plie la laïcité*

³⁹⁰ E. POULAT, *Scruter la loi de 1905, la République française et la religion*, Fayard, 2010, p. 250.

à sa façon pour justifier ses choix idéologiques ou politiques, et lui donne le contenu qui lui convient »³⁹¹. Ce phénomène est confondant et symptomatique d'une perte de sens de la laïcité. L'émergence d'un véritable contre-discours, qui vient autant de la société civile que des personnalités et institutions publiques, ne peut purement et simplement être éludée dans le cadre d'une approche juridique, surtout lorsque le militantisme laïque bénéficie d'une réelle audience auprès des pouvoirs publics et fait preuve d'un réel activisme juridictionnel.

134. L'ordre public pourrait par certains aspects de sa définition apporter les premiers éléments d'une réflexion renouvelée sur la laïcité. En effet, la définition fonctionnelle de la notion est clairement établie et consensuelle : elle sert à protéger les exigences essentielles de l'ordre juridique. A ce titre elle en révèle incidemment l'essence. La notion trouve dans cette définition fonctionnelle une stabilité certaine mais se montre elle-même nécessairement ouverte dans son contenu puisque celui-ci sera à la fois tributaire, à l'origine, de l'évolution des exigences essentielles de l'ordre juridique et, en pratique, des évolutions sociétales, techniques et contextuelles. Identifier celui-ci revient alors à se confronter à une tâche de recensement d'une ampleur décourageante et d'une utilité relative. S'il est parfois clairement établi dans le droit positif, il ne saurait être exhaustif. Il conserve fondamentalement « *un caractère contingent et relatif, variant en fonction des situations et des conceptions sociales* »³⁹². À tous les niveaux de la

³⁹¹ H. LECLERC, « Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression ». *Légicom*, n° 55, février 2015, p. 43.

³⁹² J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, 15^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2021, p. 342.

hiérarchie des normes, la règle d'ordre public se renouvelle et se découvre au fil du temps. L'aspect qui doit retenir particulièrement l'attention dans le cadre de la réflexion ici menée est précisément ce caractère ouvert et plastique de la notion d'ordre public. Sensible aux fondements axiologiques de l'ordre juridique, il est capable de les décliner en règles concrètes destinées à en assurer la protection. Cette porosité à l'égard des sources extra-juridiques pourrait bien faire de lui la porte d'entrée dans l'ordre juridique des aspects idéologiques de la laïcité. L'analyse de la portée juridique des notions doit permettre de saisir la mesure des effets que ceci pourrait entraîner.

TITRE SECOND

DES NOTIONS CONCURRENTES

135. Ainsi que l'étude du contenu des notions a pu le laisser entendre, les notions d'ordre public et de laïcité ne se déploient pas de la même manière dans le droit. L'étude de leur portée juridique permettra de souligner leur intervention concurrente dans l'ordre juridique. Celle-ci se manifeste de deux manières. D'une part, le champ d'application des notions n'est pas le même et résulte d'arbitrages opérés par le législateur ou le juge lorsque les deux notions pouvaient être susceptibles de s'appliquer (chapitre I). D'autre part, les deux notions n'ont pas la même force normative, ce qui sous-entend une sorte de hiérarchie entre elles (chapitre II).

CHAPITRE I

LE CHAMP D'APPLICATION DES NOTIONS

D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

136. La loi du 9 décembre 1905, en posant le principe de séparation des églises et de l'État, a aussi posé le principe d'une séparation juridique entre le champ d'application des exigences de la laïcité et celui des exigences de l'ordre public. En effet, l'article premier de la loi dispose que les restrictions aux libertés de religion et de cultes sont édictées dans l'intérêt de l'ordre public. Précisant le sens de cet article dans son rapport sur le projet de loi, Aristide Briand a indiqué que **lorsque l'ordre public ne peut pas servir de fondement aux restrictions**, l'intention libérale doit guider les pouvoirs publics³⁹³. C'est en quelque sorte une compétence de principe attribuée à l'ordre public. Ceci confirme l'ubiquité de l'ordre

³⁹³ A. BRIAND, 1905, rapport n° 2302, fait au nom de la commission relative à la séparation des églises et de l'État et à la dénonciation du concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État, p. 226.

public (section première) et tend à limiter l'étendue de la laïcité (section seconde).

SECTION PREMIERE. L'UBIQUITE DE L'ORDRE PUBLIC

137. Le constat de l'omniprésence de l'ordre public découle naturellement de la définition qui a pu en être dégagée précédemment. Il ne paraît pas nécessaire en ce sens d'aller au-delà d'un rappel concernant la systématique de la notion dès lors qu'il y a un ordre juridique (I). Il est en revanche intéressant, dans une perspective de comparaison avec la laïcité, de rechercher le champ des comportements individuels qui peuvent être encadrés par les exigences de la laïcité. Pour ce faire et afin d'avoir un point de comparaison pertinent avec la laïcité, ce sont les restrictions aux comportements relevant de la liberté religieuse fondées sur les exigences de l'ordre public qui seront présentées (II).

I. UNE NOTION PRESENTE DANS TOUS LES ORDRES JURIDIQUES

138. L'ordre public apparaît comme une notion essentielle du droit car il est « *la condition d'existence même de l'État* »³⁹⁴. La fonction remplie par l'ordre public est essentielle à ce point qu'ordre public et ordre juridique sont « *consubstantiels* »³⁹⁵. Il y a une « *osmose* » entre l'ordre public et l'État³⁹⁶. Plus

³⁹⁴ M.-A. BAUDOUIN, « L'ordre public en Russie », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), 2013, p. 161.

³⁹⁵ E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, p. 541.

³⁹⁶ S. ROLAND, « L'ordre public et l'État » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le

généralement, la notion est intimement liée à l'idée de droit : « *la notion d'ordre public constitue une constante de la vie juridique, une des matières premières du Droit, c'est l'expression même de la force du droit et une « notion permanente du droit»* »³⁹⁷. Une approche sémantique de l'expression corrobore ce constat. Le terme « ordre » fait référence à l'idée d'organisation, de rangement, de disposition logique des choses, de régularité³⁹⁸. Il paraît difficile de ne pas associer ordre et droit. L'ordre est à la fois la méthode adoptée par le droit et la finalité du droit qui crée les conditions pour une cohabitation paisible des individus. Le terme « public » renvoie quant à lui à l'idée de collectivité, de communauté³⁹⁹, par opposition au terme « privé » qui renvoie à l'individualité, au domaine de l'intime. La proximité entre les expressions « ordre public » et « ordre juridique » paraît alors évidente, l'ordre juridique désignant le « *système des lois et des institutions qui régissent une société, sur le plan politique, économique, judiciaire, administratif. Respect des lois et des règlements qui maintiennent la stabilité d'un groupe* »⁴⁰⁰. Ainsi, on retrouve la notion d'ordre public à toutes les époques, dans tous les pays et plus largement dans tous les systèmes normatifs.

139. On la retrouve dans les ordres juridiques étrangers sous des appellations un peu différentes mais remplissant une fonction identique : « *public policy* » en droit américain et anglais,

Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 9.

³⁹⁷ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 267 citant G. VEDEL.

³⁹⁸ Dictionnaire Larousse.

³⁹⁹ Dictionnaire Larousse.

⁴⁰⁰ Dictionnaire Larousse.

« *ordino publico* » en Espagne, « *orden publico* » en Italie, « *Gute Sitten* » en Allemagne⁴⁰¹. Il y avait en URSS « *l'intérêt de l'État* »⁴⁰², qui, selon Philippe Malaurie, remplissait la même fonction. En 1998, les journées libanaises de l'association Henri Capitant⁴⁰³ sont l'occasion pour des juristes de tous horizons d'aborder l'ordre public dans leur ordre juridique national, et tous s'accordent sur la définition de celui-ci. Le rapport Polonais définit ainsi l'ordre public comme « *ces règles qui relèvent d'abord de l'intérêt général et qui défendent les principes fondamentaux de la société. Elles ont pour objet la sauvegarde des valeurs essentielles de la société* »⁴⁰⁴.

140. De même, la notion d'ordre public existait bien avant d'être nommée ainsi. Elle a pris des appellations différentes, mais qui renvoient essentiellement à la même chose. En droit romain, l'expression « *boni mores* » désignait des principes impératifs⁴⁰⁵. Expression reprise en droit canonique, et présente à l'article 6 du Code civil depuis 1804 aux côtés de l'ordre public sans qu'on puisse les distinguer clairement⁴⁰⁶. Au

⁴⁰¹ Voir P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 9 ; P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962, p. 271

⁴⁰² P. MALAURIE, *ibid.*

⁴⁰³ *Association Henri Capitant, L'ordre public : journées libanaises, LGDJ, n°49, 2001.*

⁴⁰⁴ B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, « Rapport polonais », *ibid.*, p. 621.

⁴⁰⁵ D. LOCHAK., « Le droit à l'épreuve de bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique » in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 15.

⁴⁰⁶ Le Professeur Malaurie estime dans sa thèse que les « bonnes mœurs » qui figurent aux côtés de l'ordre public à l'article 6 du Code civil ne s'en distinguent pas réellement. Il s'appuie sur les travaux préparatoires du Code pour montrer qu'il s'agit plus d'une précision supplémentaire ajoutée par ses rédacteurs. Les bonnes mœurs sont ainsi une partie de l'ordre public et non un

sein du Digeste, le « *droit public* » fait obstacle aux pactes privés, non sans évoquer là encore l'actuel article 6 du Code civil. Le Code civil de l'an IV se réfère quant à lui à « *l'honnêteté publique et l'ordre social* »⁴⁰⁷. Les professeurs Deumier et Revet soulignent, dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, l'apparition relativement récente de l'expression « ordre public ». La Révolution permet la naissance de l'expression « ordre public » dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui mentionne l'« *ordre public défini par la Loi* »⁴⁰⁸. L'expression est par la suite reprise dans le Code civil à l'article 6. Cependant, même actuellement, la notion se manifeste parfois sans dire son nom. Il faut alors admettre que « *dès qu'un impératif éminent est valablement invoqué pour justifier une restriction à un droit ou à une liberté, il faut considérer qu'il relève, par cette fonction même, de l'ordre public, que cette notion soit ou non expressément utilisée en tant que telle* »⁴⁰⁹. Il y a manifestation de l'ordre public chaque fois que le mécanisme qui est le sien joue, et non chaque fois que l'expression est employée. Elle peut intervenir partout, dans toutes les matières et à tous les échelons de la hiérarchie normative dans la mesure où cela est nécessaire. Elle apparaît discrètement aux articles 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et à l'article 73 de la Constitution de 1958. Par la loi ou par les actes administratifs, l'ordre public irradie ensuite l'ensemble de l'ordre juridique, dans tous les domaines : droit civil, droit

élément distinct : P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953, p. 30.

⁴⁰⁷ P. DEUMIER, T. REVET, « Ordre public », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1119.

⁴⁰⁸ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 10

⁴⁰⁹ E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 55.

commercial, droit social, droit public économique, ... la liste n'a pas besoin d'être exhaustive car chacun sait que l'étude des règles propres à un domaine juridique emporte systématiquement l'évocation à un moment ou à un autre des règles d'ordre public qui s'y appliquent. L'omniprésence de l'ordre public dans les normes d'origine interne n'épuise pas le champ de la notion qui s'est également développée dans les ordres juridiques supranationaux⁴¹⁰. Cette ubiquité n'est rien d'autre que le résultat de la fonction indispensable remplie par la notion « *car comment un système juridique pourrait-il se dispenser de se protéger, par un moyen ou un autre, contre l'insuffisance des règles formelles du droit ou contre les abus de la liberté ?* »⁴¹¹. Si l'ordre public est présent dans tous les ordres juridiques, il peut aussi intervenir à l'égard de l'ensemble des comportements individuels, ainsi qu'en atteste l'encadrement de la liberté religieuse par les exigences de l'ordre public.

II. UNE NOTION POUVANT REGIR L'ENSEMBLE DES COMPORTEMENTS HUMAINS : ILLUSTRATION A L'EGARD DE LA LIBERTE RELIGIEUSE

141. Dans bien des cas, l'ordre public impose des exigences bien plus contraignantes aux comportements relevant de la liberté religieuse que ne peuvent le faire les exigences de la laïcité. Il s'avère être un outil de régulation des activités religieuses efficace et privilégié et ceci résulte à la fois de ses caractères

⁴¹⁰ Cf. *supra* § 64 s.

⁴¹¹ E. PICARD, « Introduction générale », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, 2001, Nemesis : Bruylant, p. 21.

normatifs particuliers⁴¹² et du fait qu'il constitue un outil juridique moins incandescent que la laïcité, pour reprendre les mots de Jean Rivero⁴¹³, et donc d'un maniement plus confortable, pour le législateur et pour le juge. Les différentes catégories de personne ou d'activité qui échappent aux exigences de la laïcité n'échappent jamais à celles de l'ordre public. Les restrictions apportées peuvent alors être assez significatives et concerner toutes les pratiques inspirées par des convictions religieuses, aussi intimes soient-elles quand les exigences de la laïcité s'adressent presque exclusivement à la sphère publique.

142. **Les pratiques rituelles mortuaires** font partie des domaines où l'encadrement est particulièrement étroit. Il répond à des considérations d'hygiène et de morale qui ne laissent pas une grande place à la liberté, du moins pour tout ce qui concerne la conservation et le traitement des corps défunts. Le traitement des morts constitue un ensemble de règles d'ordre public prévues aux articles L. 2213-7 et suivants, complétés par les articles R. 2213-1-1 et suivants du CGCT. L'article L. 2213-11 dispose qu'« *il est procédé aux cérémonies conformément aux coutumes et suivant les différents cultes* », néanmoins ces pratiques doivent être compatibles avec les règles impératives fixées en matière de délai et de conservation des restes. Ces règles impliquent notamment que l'inhumation ou la crémation doivent avoir lieu, selon l'article R. 2213-33 du CGCT, après un délai de 24h au moins suivant le décès. Cette disposition est contraire aux prescriptions musulmanes,

⁴¹² Cf. *infra* § 194 s.

⁴¹³ J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, PUF, 1960, pp. 627-628.

notamment, qui impliquent que l'enterrement du défunt ait lieu dans les vingt-quatre heures suivant le décès. De même, le traitement des restes humains en France ne peut se faire que par la crémation ou l'inhumation. Cet impératif s'oppose à des pratiques culturelles comme les pratiques zoroastriennes où le corps défunt est monté et exposé sur une « tour du silence » où il sera dévoré par les vautours. La dévoration est aussi pratiquée dans le bouddhisme tibétain : le corps est découpé en morceaux à l'occasion d'un rituel et enduit de farine d'orge, de thé et de lait de yak avant d'être laissé à l'appétit des vautours, exception faite de la tête du défunt. La contrariété entre les règles impératives en matière de traitement des corps et certaines pratiques culturelles ne devrait pas être remise en question. Le Conseil d'État a confirmé, dans une décision du 6 janvier 2006, que les dispositions du CGCT ne permettent que l'inhumation ou la crémation d'un corps après le décès, et non sa conservation par un procédé de congélation. De telles dispositions ne sont, selon lui, pas contraires aux articles 8 et 9 de la CESDH qui protègent le droit à la vie privée et familiale et la liberté de conscience et de religion, car elles visent à protéger la santé publique d'une manière qui n'est pas disproportionnée par rapport à ces articles⁴¹⁴.

143. Par la notion de « respect dû aux morts » on doit comprendre que la législation funéraire est également tournée vers les autres exigences de l'ordre public, notamment des exigences morales qui contribuent au bon ordre de la société. Le Conseil d'État a jugé qu'un maire, en vertu des pouvoirs de police générale et spéciale qu'il détient, peut refuser l'inhumation d'une personne dans le cimetière de la ville si celle-ci apparaît

⁴¹⁴ CE, 6 janvier 2006, n°260307, *Martinot*.

comme une mesure nécessaire à la prévention d'un trouble à l'ordre public. Il était, en l'espèce, question du refus opposé par le maire de la commune de Mantes-la-Jolie à la demande d'inhumation dans le cimetière municipal d'une personne ayant commis des attentats terroristes dans la ville⁴¹⁵. Mais c'est aussi un ordre public vecteur d'un certain rapport à la mort. Selon Jérôme Michel, ce qui distingue, dans les affaires concernées, la cryogénisation de l'inhumation ou de la crémation, c'est que ces dernières visent à la disparition du corps : « *l'homme est voué à disparaître, corps et biens. Le cadavre de celui qui fut jusque-là vivant n'est pas son cadavre. Il ne peut décider d'en faire ce que bon lui semble. Seules l'inhumation ou la crémation lui sont offertes comme destin terminal de ce corps qui deviendra un je-ne-sais-quoi qui n'a de nom dans aucune langue* »⁴¹⁶. C'est pourquoi, si le principe de liberté des funérailles est garanti, un certain nombre de limites sont admises.

144. **Les pratiques rituelles alimentaires** sont astreintes aux exigences de l'ordre public, particulièrement en ce qui concerne les conditions d'abattage des animaux destinés à être consommés. Cet encadrement particulier est éminemment lié à des considérations d'hygiène et de salubrité. L'abattage des animaux d'élevage ne peut avoir lieu que dans un abattoir, exception faite des animaux élevés en vue de la consommation familiale de l'éleveur. L'article L237-2 du code rural et de la pêche maritime punit de 15000 euros d'amende le fait « *d'abattre un animal en dehors d'un établissement d'abattage dans des conditions illicites* ». Ce sont également des

⁴¹⁵ CE, 16 décembre 2016, n° 403738.

⁴¹⁶ J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort », *D.*, 2005, p. 1742.

considérations relatives au traitement respectueux des animaux qui fondent en partie les dispositions relatives à l'abattage. Le Code pénal réprime d'ailleurs les mauvais traitements faits aux animaux à l'article L. 521-1. L'article R. 214-70 du Code rural et de la pêche maritime en tire les conséquences à travers l'obligation d'étourdissement des animaux avant leur mise à mort. Cet étourdissement est toutefois incompatible avec les prescriptions juives et musulmanes relatives à l'abattage rituel, qui exigent, entre autre, que l'animal soit saigné avant d'être étourdi. Une exception relative à l'abattage rituel a été prévue à l'article R. 214-70 : « *L'étourdissement des animaux est obligatoire avant l'abattage ou la mise à mort, à l'exception des cas suivants : 1° Si cet étourdissement n'est pas compatible avec la pratique de l'abattage rituel (...)* ». Il est donc possible de déroger à l'obligation d'étourdissement afin de produire de la viande casher ou halal. Cette dérogation est toutefois très encadrée, et ce afin de préserver le déroulement de l'abattage dans des conditions conformes à la salubrité publique. La mise à mort ne peut avoir lieu que dans un abattoir⁴¹⁷ ayant reçu l'autorisation du préfet qui tient notamment compte des équipements propres à assurer le niveau d'hygiène nécessaire à cette méthode particulière de mise à mort⁴¹⁸. L'abattage ne

⁴¹⁷ Art. R. 214-73 al. 1 du code rural et de la pêche : « *Il est interdit à toute personne de procéder ou de faire procéder à un abattage rituel en dehors d'un abattoir* ».

⁴¹⁸ Art. R. 214-70 du Code rural et de la pêche : « (...) *III. - Un abattoir ne peut mettre en œuvre la dérogation prévue au 1° du I que s'il y est préalablement autorisé.*

L'autorisation est accordée aux abattoirs qui justifient de la présence d'un matériel adapté et d'un personnel dûment formé, de procédures garantissant des cadences et un niveau d'hygiène adaptés à cette technique d'abattage ainsi que d'un système d'enregistrements permettant de vérifier que l'usage de la dérogation correspond à des commandes commerciales qui le nécessitent.

peut ensuite être réalisé que par des sacrificateurs habilités par des organismes religieux eux-mêmes agréés par le ministre de l'Agriculture sur proposition du ministre de l'Intérieur⁴¹⁹. Il y a donc un système d'autorisations administratives multiples, relativement complexe, qui vise à prévenir les dommages sanitaires pour les consommateurs. L'Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs (OABA) a demandé l'abrogation de l'exception prévue au 1° du I de l'article R. 214-70 du Code rural et de la pêche maritime qu'elle estimait incompatible avec l'article L. 214-3 qui prohibe les mauvais traitements faits aux animaux. Le Conseil d'État a jugé que cette exception ne constituait pas un mauvais traitement et résultait d'une juste conciliation entre « *les objectifs de police sanitaire et l'égal respect des croyances et traditions religieuses* »⁴²⁰. La CEDH a

La demande d'autorisation est adressée au préfet du département du lieu d'implantation de l'abattoir qui dispose d'un délai de trois mois à compter de la réception complète du dossier pour statuer sur la demande. L'autorisation est accordée par arrêté du préfet. Cet arrêté peut restreindre l'étendue de l'autorisation à certaines catégories d'animaux.

Le contenu du dossier de demande d'autorisation est précisé par arrêté du ministre chargé de l'agriculture.

Toute modification des éléments pris en compte pour l'octroi de l'autorisation initiale, de même que la cessation d'activité doivent être notifiées au préfet. Au vu des modifications constatées, celui-ci décide de la nécessité de renouveler ou modifier les conditions de l'autorisation.

L'autorisation peut être suspendue ou retirée à la demande de l'établissement, ou par le préfet en cas de méconnaissance des conditions de l'autorisation ou des dispositions du présent titre ».

⁴¹⁹ Article R 214-75 du Code rural et de la pêche : « *Sous réserve des dispositions du troisième alinéa du présent article, l'abattage rituel ne peut être effectué que par des sacrificateurs habilités par les organismes religieux agréés, sur proposition du ministre de l'Intérieur, par le ministre chargé de l'agriculture. (...) Si aucun organisme religieux n'a été agréé, le préfet du département dans lequel est situé l'abattoir utilisé pour l'abattage rituel peut accorder des autorisations individuelles sur demande motivée des intéressés (...)* »

⁴²⁰ CE, 05 juillet 2013, n° 361441.

également estimé que ce régime était conforme à la liberté religieuse telle qu'elle est garantie par l'article 9 de la Convention⁴²¹. Les décisions du ministre et du préfet peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Le Conseil d'État a eu à connaître d'un recours dirigé contre le refus du ministre de l'Intérieur de proposer la demande d'agrément de l'association culturelle israélite Cha'are Shalom Ve-Tsedek au ministre de l'Agriculture⁴²². Il a rappelé à cette occasion que le ministre ne faisait qu'user des pouvoirs de police qui lui sont conférés en vue de veiller à ce que « *l'abattage rituel des animaux soit effectué dans des conditions conformes à l'ordre public, à la salubrité et au respect des libertés publiques* » pour conclure au rejet de la demande de l'association qui ne présentait pas les caractères d'un « *organisme religieux* ». Le juge administratif s'est également prononcé au sujet d'un recours dirigé contre un arrêté préfectoral. Ce dernier interdisait la vente d'animaux vivants des espèces ovines et caprines à des particuliers durant la période des fêtes de l'Aïd-el-kébir, à moins qu'ils ne l'acquièrent dans le but de faire abattre l'animal dans un abattoir agréé pour récupérer ensuite la carcasse. Ils devaient alors en demander l'autorisation aux services vétérinaires. Le but de l'arrêté était d'éviter que des particuliers ne procèdent eux-mêmes à l'abattage dans des conditions qui menaceraient la salubrité publique. Le juge administratif a jugé que cet arrêté

⁴²¹ CEDH, GC, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve-Tsedek c. France* : « *la Cour estime que le droit à la liberté religieuse garanti par l'article 9 de la Convention ne saurait aller jusqu'à englober le droit de procéder personnellement à l'abattage rituel et à la certification qui en découle, dès lors que, comme il a été dit, la requérante et ses membres ne sont pas privés concrètement de la possibilité de se procurer et de manger une viande jugée par eux plus conforme aux prescriptions religieuses* ».

⁴²² CE, 25 novembre 1994, n°110002.

opérait une juste conciliation entre les droits et libertés de l'éleveur et des acheteurs potentiels et la protection de l'ordre public. L'interdiction n'était en effet valable que durant une période particulière, et ménageait la possibilité pour les particuliers d'acquérir un animal. Le régime d'autorisation préalable instauré par l'arrêté étant, selon le juge, le seul moyen de prévenir le risque de sacrifices par des particuliers en dehors des abattoirs⁴²³.

145. **Les pratiques religieuses vestimentaires** peuvent également faire l'objet de restrictions particulières sur le fondement de l'ordre public. L'identification des personnes constitue le fondement privilégié de restriction de l'expression des convictions religieuses, notamment par le port de signes ou vêtements qui dissimuleraient une partie du visage ou de la chevelure⁴²⁴. Elle commande ainsi d'abandonner temporairement des vêtements ou symboles religieux. Le juge administratif et la CEDH ont pu se prononcer à de nombreuses reprises sur la proportionnalité de telles restrictions à la liberté religieuse vis à vis des exigences de l'ordre public. Il y a d'abord des signes qui peuvent gêner l'identification des personnes car ils dissimulent des éléments physiques : le voile islamique ou le turban sikh en font partie. Le décret du 25 novembre 1999 prévoit ainsi que la carte nationale d'identité nécessite une photographie tête nue⁴²⁵. Le Conseil d'État s'est prononcé sur la légalité de ce décret dans

⁴²³ TA Versailles, 30 décembre 2004, n°031682, 042119.

⁴²⁴ Voir R. HANICOTTE, « Visage caché, œil policier : la dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA*, 2010, p. 417.

⁴²⁵ Décret n°99-973, 25 novembre 1999 modifiant le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, *JORF*, n°277, 30 novembre 1999, p. 17795.

un arrêt du 27 juillet 2001 : « *le port du voile ou du foulard, par lequel les femmes de confession musulmane peuvent entendre manifester leurs convictions religieuses, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre public ; que les restrictions que prévoient les dispositions attaquées, qui visent à limiter les risques de falsification et d'usurpation d'identité, ne sont pas disproportionnées au regard de cet objectif et, par suite, ne méconnaissent aucune des dispositions ni aucun des principes invoqués par l'association requérante* »⁴²⁶.

Le décret du 26 février 2001 a également prévu que les photographies d'identité nécessaires à la création d'un passeport devaient être prises tête nue⁴²⁷. Le Conseil d'État s'est prononcé en 2003 sur la légalité de ce décret. Il a estimé, dans un considérant presque identique à celui de la décision de 2001 qu'une telle exigence n'était pas disproportionnée au regard des risques de falsification ou d'usurpation d'identité qu'il visait à prévenir⁴²⁸. Il en va de même des photographies d'identité nécessaires à l'établissement du permis de conduire

⁴²⁶ CE, 27 juillet 2001, n°216903, *Fonds de défense des musulmans en justice*.

⁴²⁷ Le décret du 26 février 2001, n° 2001-185, *relatif aux conditions de délivrance et de renouvellement des passeports* a créé cette obligation qui a été reprise dans les décrets ultérieurs relatifs à la délivrance des passeports.

⁴²⁸ CE, 24 octobre 2003, n° 250084, *Mme Benchemackh* : « *le port du voile ou du foulard, par lequel les femmes de confession musulmane peuvent entendre manifester leurs convictions religieuses, peut faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt de l'ordre public ; que les restrictions prévues par les dispositions de l'article 5 du décret du 26 février 2001, qui visent à limiter les risques de falsification et d'usurpation d'identité, ne sont pas disproportionnées au regard de cet objectif et, par suite, ne méconnaissent aucune des prescriptions ni aucun des principes invoqués par la requérante* ».

depuis l'arrêté du 8 février 1999⁴²⁹. Le Conseil d'État a rendu un arrêt en ce sens en 2007⁴³⁰. Cela vaut aussi pour les photographies nécessaires à la délivrance de titres de séjour provisoires⁴³¹. L'exigence de photographies d'identité tête nue pour les documents officiels a été validée à plusieurs reprises par la CEDH qui s'est néanmoins systématiquement réfugiée derrière la marge nationale d'appréciation des États sur la question. Dans l'arrêt *Araç c. Turquie*, la requérante contestait entre-autre l'exigence d'une photo d'identité tête nue pour la délivrance d'un diplôme universitaire. La Cour a rappelé sa jurisprudence *Karaduman*⁴³² dans laquelle elle estime qu'une telle obligation ne constitue pas une ingérence dans la liberté religieuse. Cette obligation n'entrave pas « *une quelconque forme habituelle de manifestation de sa religion* » et constitue un simple « *moyen d'identification* » dont la réglementation relève de la « *marge d'appréciation de l'État défendeur* »⁴³³.

⁴²⁹ Arrêté du 8 février 1999 *relatif aux conditions d'établissement, de délivrance et de validité du permis de conduire*, art. 1 : « 2° Deux exemplaires de sa photographie, répondant à la norme NFZ 12010 ou à des normes techniques officielles en vigueur dans l'un des États membres de l'Union européenne ou dans un État appartenant à l'Espace économique européen. La photographie faisant partie de la demande de permis doit être oblitérée par le cachet préfectoral ».

⁴³⁰ CE, 15 décembre 2006, n° 289946 : « *l'atteinte particulière invoquée aux exigences et aux rites de la religion sikhe, n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, compte-tenu notamment du caractère ponctuel de l'obligation faite de se découvrir afin de produire une photographie « tête nue »* ».

⁴³¹ Art. R. 311-31 du CESEDA : « *Pour l'application des articles L. 311-10 à L. 311-12, l'étranger présente à l'appui de sa demande :*

1° Les indications relatives à son état civil ;

2° Trois photographies de face, tête nue, de format 3,5 x 4,5 cm, récentes et parfaitement ressemblantes ».

⁴³² CEDH, 3 mai 1993, n° 16278/90, *Karaduman c. Turquie*.

⁴³³ CEDH, 19 sept. 2006, n° 9907/02, *Araç c. Turquie*.

Cette position a été confirmée concernant le permis de conduire⁴³⁴.

Le fait de découvrir sa tête peut également être exigé dans le cadre des contrôles d'identités légalement prévus⁴³⁵. Le Conseil d'État a validé cette possibilité en 2005 à propos des enceintes consulaires dont l'accès est conditionné par l'identification de la personne qui requiert le retrait du voile ou du turban⁴³⁶. La CEDH à propos de la même affaire a

⁴³⁴ CEDH, 13 nov. 2008, n° 24479/07, *Mann Singh c. France* : « la photographie d'identité avec « tête nue », apposée sur le permis de conduire, est nécessaire aux autorités chargées de la sécurité publique et de la protection de l'ordre public, notamment dans le cadre de contrôles effectués en relation avec les dispositions du code de la route, pour identifier le conducteur et s'assurer de son droit à conduire le véhicule concerné. De tels contrôles sont nécessaires à la sécurité publique au sens de l'article 9 § 2 de la Convention. La Cour souligne, à cet égard, que la réglementation litigieuse s'est montrée plus exigeante en la matière en raison de l'augmentation des risques de fraude et de falsification des permis de conduire. Par ailleurs, les modalités de la mise en œuvre de tels contrôles entrent dans la marge d'appréciation de l'État défendeur, et ce d'autant plus que l'obligation de retirer son turban à cette fin ou, initialement, pour faire établir le permis de conduire, est une mesure ponctuelle ».

⁴³⁵ Loi du 10 août 1993, n° 93-992, relative aux contrôles et vérifications d'identité, *JORF*, n°184, 11 août 1993, p. 11303.

⁴³⁶ CE, 7 décembre 2005, n° 264464 : « ayant refusé de se prêter au contrôle d'identité établi à l'entrée du consulat pour des motifs de sécurité et d'ordre public, lequel exigeait le retrait momentané de son voile, elle n'a pas été admise à accéder au consulat ; qu'elle a alors présenté une demande de visa par lettre recommandée ; que, toutefois, cette demande écrite, qui ne permet pas l'identification de la personne sollicitant le visa, ne peut être regardée comme une demande de visa dans les formes requises pour la délivrance des visas, lesquelles exigent une comparution personnelle du demandeur ; qu'en opposant ce motif pour refuser la demande de visa, la commission, qui n'était pas tenue d'examiner la demande au regard du droit d'entrée dès lors qu'elle n'était pas présentée dans les formes requises, lesquelles peuvent légalement imposer une

confirmé la position française⁴³⁷. Un tel raisonnement avait auparavant été suivi par la Cour à propos des aéroports dans la décision *Phull c. France*⁴³⁸.

Enfin, le port du voile intégral constitue une contravention de deuxième classe en vertu de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁴³⁹. Cette pratique est donc purement et simplement interdite dans l'espace public en ce qu'elle est considérée comme attentatoire aux exigences minimales de la vie en société⁴⁴⁰.

restriction momentanée au port du voile seule de nature à permettre l'identification du demandeur ».

⁴³⁷ CEDH, 4 mars 2008, n° 15585/06, *El Morsli c. France* : « la Cour ne voit aucune raison de s'écarter de ce raisonnement concernant les contrôles de sécurité imposés à l'accès aux locaux du consulat, parmi lesquels figure l'identification des personnes souhaitant y pénétrer, qu'elle estime sans aucun doute nécessaires à la sécurité publique. En outre, et comme dans l'affaire *Phull* précitée, la Cour observe que l'obligation de retirer son voile à des fins de contrôle de sécurité était nécessairement très limitée dans le temps. Par ailleurs, quant à la proposition faite par l'intéressée de retirer son voile uniquement en présence d'une femme, à supposer que les autorités consulaires aient été saisies de cette question, le fait pour ces dernières de ne pas avoir chargé un agent féminin de procéder à l'identification de la requérante n'excède pas la marge d'appréciation de l'État en la matière. La Cour conclut que la requérante n'a ainsi pas subi une atteinte disproportionnée dans l'exercice de son droit à la liberté de religion ».

⁴³⁸ CEDH, 11 janv. 2005, n° 35753/03, *Phull c. France* : « D'une part, les contrôles de sécurité dans les aéroports sont sans aucun doute nécessaires à la sécurité publique au sens de cette disposition. D'autre part, les modalités de leur mise en œuvre en l'espèce entrent dans la marge d'appréciation de l'État défendeur, d'autant plus clairement qu'il ne s'agit que d'une mesure ponctuelle ».

⁴³⁹ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, art. 3.

⁴⁴⁰ Cf. *infra* § 333 s.

146. **Les pratiques nuptiales** sont également encadrées en France, y compris lorsqu'elles relèvent de traditions culturelles ou religieuses. Le mariage polygame est interdit en France⁴⁴¹ et ceci résulte de différentes dispositions et implique différentes conséquences⁴⁴² dont des conséquences pénales puisque le fait de contracter un mariage avant la dissolution du précédent est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende⁴⁴³.
147. **Les pratiques relevant du corps et de la sexualité** enfin, n'échappent pas non plus aux limites fixées par l'ordre public. L'excision rituelle est interdite. Elle est punie comme une violence ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente par la Cour de cassation⁴⁴⁴. Les certificats de virginité sont également interdits depuis la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République⁴⁴⁵. L'établissement de tels certificats est désormais puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende⁴⁴⁶.
148. **Le cadre des services publics.** Les exigences de l'ordre public au sein des services publics
149. se distinguent en partie des exigences classiques dans l'espace public. Elles reposent sur le « bon fonctionnement du service public », ou encore le « bon ordre dans l'établissement », qui

⁴⁴¹ En vertu de l'article 147 du Code civil.

⁴⁴² Cf. *infra* § 306 s.

⁴⁴³ Art. 433-20 du Code pénal.

⁴⁴⁴ Voir par exemple : Cass. crim., 10 août 1983, n° 83-92.616.

⁴⁴⁵ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 30.

⁴⁴⁶ Art. L. 1115-3 du CSP.

passer par exemple par le « bon déroulement des enseignements » dans les écoles, ou la « qualité des soins » à l'hôpital. Le bon fonctionnement du service tient à la possibilité pour l'établissement de fonctionner en vue de l'accomplissement des missions d'intérêt général qui ont justifié sa création. Etienne Picard explique ainsi la particularité de cet ordre public qui pourra fonder des restrictions plus importantes :

« Les ordres juridiques créés par le Préambule de 46 (ordre juridiques secondaires) doivent parfois déroger, à travers les services publics, à l'ordre juridique primaire d'égalité de liberté. La police de ces ordres n'est pas du tout la même que celle de l'ordre primaire car elle n'est pas articulée autour de l'égalité de liberté mais autour du combat des maux auxquels ces services entendent répondre. Cela implique de déroger à la liberté égale pour tous en partie mais ponctuellement car il ne s'agit pas de renverser l'ordre libéral »⁴⁴⁷.

Le professeur Gonzalez souligne qu'au sein des services publics « entre le droit d'exprimer et ses limites, le curseur n'est pas précisément situé »⁴⁴⁸, la conciliation à opérer relève alors d'un « difficile équilibre (...) entre les droits des usagers et les restrictions nécessaires qui peuvent leur être apportées »⁴⁴⁹. La manière dont est opérée la conciliation entre liberté et ordre public au sein des services dépend évidemment en grande partie du degré de captivité des usagers

⁴⁴⁷ E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, p. 258 s.

⁴⁴⁸ G. GONZALEZ, « Les conditions de la pratique des cultes dans les résidences universitaires », *AJDA*, 2008, p. 1279.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

du service en question : plus l'utilisateur est dans une situation de captivité, plus la limite consentie à ses libertés doit-être strictement nécessaire au maintien du bon ordre dans le service car sa liberté religieuse pourra moins facilement trouver à s'exercer en dehors de celui-ci. Mais les restrictions seront quoiqu'il en soit possibles et propres à chaque service. Au sein des établissements scolaires il sera par exemple possible d'exiger le retrait de tous les symboles religieux (même discrets) pour la sécurité des élèves lors des cours d'éducation physique et sportive ou de technologie⁴⁵⁰. L'utilisateur devra globalement adapter sa pratique aux contraintes du service, qu'il s'agisse des contraintes horaires ou des contraintes résultant du contenu des programmes. Il en va de même des établissements hospitaliers, où l'utilisateur ne pourra pas exiger des adaptations liées à ses convictions religieuses, par exemple celle d'être soigné par un médecin de même sexe, qui nuisent au bon fonctionnement du service⁴⁵¹. La fourniture de repas conformes aux prescriptions religieuses dans tous les services de restauration collective n'est pas un droit et en tout état de cause n'est possible que si elle ne constitue pas une contrainte nuisible au bon fonctionnement du service⁴⁵².

150. Aucune pratique, relève-t-elle des aspects les plus intimes de l'existence, ne semble pouvoir échapper à l'ordre public. Au sein des services publics l'ordre public peut, en raison de la spécificité de ces espaces, imposer des restrictions plus importantes encore aux pratiques religieuses. En

⁴⁵⁰ Voir par exemple : CE, 20 octobre 1999, n° 181486.

⁴⁵¹ Voir la circulaire du ministère des Solidarités, de la santé et de la famille du 2 février 2005, n° DHOS/G/2005/57, *relative à la laïcité dans les établissements de santé*.

⁴⁵² Cf. *infra* § 386 s.

comparaison, la laïcité est un mode d'encadrement des religions dont le déploiement est, à divers égards, très limité.

SECTION SECONDE. L'ÉTENDUE LIMITEE DE LA LAÏCITE

151. En tant que mode d'organisation des rapports entre l'État et les cultes, impliquant notamment la séparation des églises et de l'État, la laïcité ne se déploie absolument pas avec une amplitude comparable à celle l'ordre public. Elle apparaît, tant à l'échelle internationale que nationale, comme un mode d'organisation des rapports entre l'État et les cultes assez limité (I). La mise en œuvre de ses exigences a été également assez strictement bornée à la fois par les textes et la jurisprudence (II).

I. LE DEPLOIEMENT TERRITORIAL LIMITE DE LA LAÏCITE

152. Le déploiement de la laïcité dans l'espace apparaît, en comparaison de celui de l'ordre public, extrêmement limité. Elle n'est pas une notion inhérente à l'ordre juridique, mais un mode d'organisation des rapports entre l'État et les cultes parmi d'autres. En ce sens, si elle n'est pas une exception française, elle n'est pas non plus un modèle universel (A). Cette relativité territoriale se poursuit à l'échelle nationale puisque les exigences résultant de la loi de 1905 ne sont pas valables sur l'ensemble du territoire national (B).

A. LE DEPLOIEMENT DE LA LAÏCITE DANS LE MONDE

153. **Multiplicité des modes d'organisation des rapports entre l'État et les cultes.** Il est éminemment difficile de définir de manière universelle ce qu'est la laïcité au sens du droit et partant, de classer les États comme étant laïques ou non. Différentes listes pourraient être dressées : celle des États qui ont inscrit

nominalement la laïcité dans le droit positif, celle des États qui remplissent des critères permettant de les considérer comme des États laïques, sachant que ces critères ne sont pas les mêmes selon les disciplines et les chercheurs. Il y a des États où il n’y a ni séparation organique, ni séparation philosophique avec un culte, ni véritable liberté religieuse, et dans ce cas il n’est pas difficile de les exclure de la catégorie des États laïques. Mais parmi tous les autres modes d’organisation des rapports entre l’État et les cultes, il est délicat de savoir quand apposer le label « laïcité » ou non compte-tenu des incertitudes définitionnelles de la notion, y compris au sein de la doctrine. On peut considérer qu’il existe différents degrés de séparation ou de reconnaissance vis à vis des religions et que les États s’approprient de manière unique certains aspects de la laïcité, selon qu’ils mettent davantage l’accent sur une séparation philosophique avec les cultes et/ou une séparation organique, l’ensemble s’inscrivant dans un mouvement perpétuel puisque « *la laïcité n’est jamais complète, parfaite ou achevée. Elle est un processus historique toujours en devenir. Le processus de laïcisation se déroule à des rythmes divers selon les pays, avec une chronologie propre à chaque construction nationale* »⁴⁵³. Certains États mettent en place une séparation organique avec les cultes impliquant des exigences similaires à celles de l’article 2 de la loi de 1905⁴⁵⁴. Les États-Unis d’Amérique ont un principe de séparation qui découle du premier amendement de la Constitution : « *Le Congrès ne fera aucune loi relative à l’établissement ou*

⁴⁵³ V. ZUBER, « La laïcité, un produit de l’histoire et un outil au service des droits humains », *Vie sociale*, 2018, n° 21, p. 45.

⁴⁵⁴ Le site internet EUREL, porté par l’unité de recherche « Droit, religion, entreprise et société » du CNRS et par le Groupe société, religion et laïcité de l’Université de Strasbourg offre une mine d’informations quant au droit des cultes dans les pays européens : <https://www.eurel.info>

interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre ». Au Mexique un principe de séparation a également été mis en place dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle⁴⁵⁵. La laïcité a finalement été insérée dans la Constitution fédérale du Mexique en 2012⁴⁵⁶. Ces deux pays ont donc opté pour la séparation des églises et de l'État avant la France. D'autres États optent pour une séparation nettement plus souple des rapports avec les cultes. L'Allemagne et la Belgique mettent ainsi en place des systèmes dans lesquels il y a une reconnaissance et des financements organisés des cultes ainsi que la possibilité pour les cultes reconnus d'enseigner leur dogme dans les écoles⁴⁵⁷.

154. **L'exemple des États-Unis.** Les États-Unis ont choisi un modèle de séparation des églises et de l'État ayant des traits communs avec la conception française de la laïcité mais également des différences sensibles qui confirment à la fois la relativité du modèle français de laïcité et l'unicité de chaque modèle national. La présentation de la laïcité aux États-Unis

⁴⁵⁵ V. ZUBER, « La laïcité, un produit de l'histoire et un outil au service des droits humains », *Vie sociale*, 2018, n° 21, p. 45.

⁴⁵⁶ R. J. BLANCARTE, « Chapitre 15. Le Mexique, une république laïque : fin du chemin ou début des débats ? » in J. BAUBÉROT, M. MILOT, P. PORTIER (éd.), *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis (Afrique, Amériques, Europe, Japon, Pays arabes)*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015.

⁴⁵⁷ P. PORTIER, « Conclusion. Les laïcités à l'épreuve de la « deuxième modernité » » in J. BAUBÉROT, M. MILOT, P. PORTIER (dir.), *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis (Afrique, Amériques, Europe, Japon, Pays arabes)*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, p. 375.

montre bien qu'une exigence originelle assez similaire -la séparation- peut bénéficier d'une mise en œuvre sensiblement différente. Le droit américain n'utilise pas le terme « laïcité ». Il y a toutefois bien une séparation qui est prévue entre les églises et l'État. La séparation n'y est toutefois pas née pour les mêmes raisons qu'en France et n'a pas la même fonction qu'en France⁴⁵⁸. Le Professeur Letteron affirme que « *le modèle anglo-saxon vise ainsi à mettre les religions à l'abri d'éventuelles menaces venant de l'État et de ses démembrements. Une seconde approche, résolument différente et incarnée par le système français de laïcité, se propose au contraire de protéger l'État des religions* »⁴⁵⁹. Du premier amendement découle ainsi la clause de non-établissement et la clause de libre exercice des cultes⁴⁶⁰. Tout cela étant censé bâtir un « *mur de séparation entre les Églises et l'État* »⁴⁶¹. La Cour suprême américaine est venue préciser le sens du premier amendement et la portée du « mur de séparation » à partir de l'arrêt *Everson v. Board of education*. L'opinion majoritaire du juge Black précise que cet amendement signifie que « *ni un État, ni le gouvernement fédéral ne peuvent établir une religion officielle. Ni l'un ni l'autre ne peuvent adopter des lois aidant une religion, toutes*

⁴⁵⁸ Pour des développements historiques sur la séparation des églises et de l'État aux États-Unis, voir : D. LACORNE, « La séparation de l'Église et de l'État aux États-Unis : Les paradoxes d'une laïcité philo-cléricale », *Le Débat*, 127, n° 5, 2003, p. 57.

⁴⁵⁹ R. LETTERON, « Droit européen et laïcité : la diversité des modèles », *AJDA*, 2017, p. 1368 s.

⁴⁶⁰ J.-F. SPITZ, « Le sécularisme aux États-Unis. Réflexions sur le mur de séparation », *Droits*, 2014, n° 59, p. 103.

⁴⁶¹ Selon le président Jefferson, cité par J.-F. SPITZ, *ibid.* ; et B. CHELINI-PONT, « Laïcités française et américaine en miroir », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2005, n°4, p. 107.

les religions ou préférant l'une par rapport à l'autre »⁴⁶². La jurisprudence *Everson* a fait l'objet d'un certain raidissement à partir de l'arrêt *Lemon v. Kurtzman* de 1971 qui venait donner une méthodologie -le *lemon test*- pour apprécier si une mesure était conforme ou non au premier amendement⁴⁶³. Il fallait que la mesure respecte trois critères cumulatifs : qu'elle n'ait pas un objectif religieux, qu'elle n'ait pas pour effet de promouvoir ou inhiber un culte, qu'elle n'entraîne pas une imbrication excessive entre les pouvoirs publics et les cultes⁴⁶⁴. On y retrouvait en somme cumulativement l'exigence de respecter les différents niveaux auxquels la neutralité peut être appliquée. Parmi les juges de la Cour suprême, certains estimaient que de tels critères avaient pour effet d'annuler toute possibilité de subvention même indirecte aux cultes et favorisait ainsi les groupements areligieux par rapport aux groupements religieux⁴⁶⁵. A partir des années 1990 et notamment sous l'influence du juge Rehnquist, la Cour suprême est revenue vers une interprétation plus étroite de la clause d'établissement. Repartant vers une conception du premier amendement plus axée sur l'égalité de traitement que sur l'aspect organique de la séparation, cette dernière se trouve considérablement assouplie : ce qui doit primer, c'est l'égalité

⁴⁶² Cité par A. BARB, « Une laïcité ouverte aux religions ? Le modèle américain », *Études*, 2016, p. 19.

⁴⁶³ T. HOCHMANN, « Le Christ, le père Noël et la laïcité, en France et aux États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 53, p. 53 : l'auteur explique les différents « test » mis en place par la Cour pour s'assurer de la compatibilité d'une mesure au premier amendement.

⁴⁶⁴ *Ibid.* ; C. CHELINI-PONT, « Laïcités française et américaine en miroir », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2005, n°4, p. 107.

⁴⁶⁵ C. FROIDEVAUX-METTERIE, *Politique et religion aux États-Unis*, La découverte, 2009, voir « IV : L'œuvre séparatiste de la Cour suprême : vers une remise en cause ? ».

de traitement entre les groupes religieux ou non religieux. C'est ainsi que la Cour a pu admettre un certain nombre de mesures qui avaient pour effet de soutenir un culte. Dans l'arrêt *Rosenberger v. Rectors and visitors of the University of Virginia* de 1995 la Cour estime que l'Université doit financer une publication étudiante évangélique dans la mesure où elle finance d'autres publications étudiantes⁴⁶⁶. L'arrêt *Mitchell v. Helm* de 2000 a été l'occasion d'assouplir le *lemon test* et de revenir à une interprétation plus proche de celle de l'arrêt *Everson* : le critère selon lequel la mesure litigieuse ne doit pas avoir pour effet d'inhiber ou de promouvoir une religion est abandonné au profit d'un critère qui veut que l'aide éventuelle à un culte soit attribuée de manière neutre⁴⁶⁷, c'est-à-dire sans considération du culte en question. La mise en œuvre de la séparation financière entre l'État et les cultes ne distingue pas radicalement la laïcité américaine de la laïcité française. En France cependant les possibilités de subventionnement des cultes sont pudiquement dissimulées derrière les avantages auxquels peuvent prétendre les associations culturelles ou les subventions répondant à un intérêt distinct de l'intérêt culturel. La différence majeure qui oppose la séparation aux États-Unis et la séparation en France ne tient pas forcément à la formulation de leurs exigences, mais aux contextes dans lesquels elles ont été construites. C'est avant tout sur le plan idéologique que se joue la distinction entre la laïcité américaine et la laïcité française. En effet, ce qui distingue nettement plus clairement le modèle américain du modèle français c'est que si les religions sont protégées de l'incursion de l'État, l'inverse est moins vrai. Les critères développés pour assurer la séparation organique n'empêchent pas la présence

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*

de symboles religieux dans la sphère publique. L'inscription sur les billets de la devise « *In god we trust* » est ainsi considérée comme un symbole historique ne traduisant pas l'adhésion de l'État à un culte en particulier⁴⁶⁸. Les religions n'y subissent pas, comme en France, des interdictions visant à les évincer du champ politique. Ainsi que le souligne le professeur Chelini-Pont, « *les lois et la jurisprudence récentes semblent tirer l'État américain vers une complaisance toujours plus forte au profit de groupements religieux investissant par le lobbying et les alliances tactiques toutes les allées du pouvoir politique et judiciaire* »⁴⁶⁹. La raison résulte, selon Philippe Portier, dans le fait que la culture politique américaine accepte le rôle de la religion autant dans sa dimension individuelle que publique pour fonder le bon fonctionnement de la société : « *La séparation américaine s'appuie, quant à elle, sur une vision pluraliste du contrat politique. Le récit dominant, de type « judéo-chrétien » (selon l'expression d'Elizabeth Shakman Hurd), ne relègue nullement les conduites religieuses dans le monde de l'obscurité gothique. Il en fait même tout à la fois le principe d'origine et la condition de possibilité d'une démocratie harmonieuse. Dans ce schéma, tout en refusant de soutenir les organisations du croire, l'État n'entend nullement se défaire de toute référence au religieux* »⁴⁷⁰. Selon Denis Lacorne, « *le laïcisme à l'américaine*

⁴⁶⁸ T. HOCHMANN, « Le Christ, le père Noël et la laïcité, en France et aux États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 53, p. 53.

⁴⁶⁹ B. CHELINI-PONT, « Laïcités française et américaine en miroir », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2005, n°4, p. 107.

⁴⁷⁰ P. PORTIER, « Conclusion. Les laïcités à l'épreuve de la « deuxième modernité » » in J. BAUBÉROT, M. MILOT, P. PORTIER (éd.), *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis (Afrique, Amériques, Europe, Japon, Pays arabes)*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, p. 375.

est, fondamentalement, un laïcisme philo-clérical, respectueux de toutes les religions »⁴⁷¹.

B. LE DEPLOIEMENT DE LA LAÏCITE EN FRANCE

155. Il faut ici distinguer la laïcité constitutionnelle, qui irrigue l'ensemble de l'ordre juridique (1) de la loi du 9 décembre 1905, dont le régime de séparation qui en découle n'est applicable que sur une partie du territoire (2).

1. LA LAÏCITE CONSTITUTIONNELLE

156. **Constitutionnalisation de la laïcité.** Depuis la IV^{ème} République, la laïcité a valeur constitutionnelle. Elle a été inscrite dans le préambule de la Constitution dont l'alinéa 13 dispose notamment que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ». Ces dispositions ont conservé une valeur constitutionnelle puisqu'elles font partie des principes particulièrement nécessaires à notre temps et plus globalement du bloc de constitutionnalité. Elle a également été inscrite à l'article premier de la Constitution du 27 octobre 1946 dont la formulation a été reprise dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes duquel :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale (...) ».

⁴⁷¹ D. LACORNE, « La séparation de l'Église et de l'État aux Etats-Unis : Les paradoxes d'une laïcité philo-cléricale », *Le Débat*, n° 5, 2003, p. 57.

Une telle formulation fait de la laïcité un attribut de la République, sans que l'on sache exactement à quoi cela correspond puisqu'aucune définition n'a été proposée de cette laïcité constitutionnelle. Les débats de l'Assemblée nationale constituante de 1946 offrent des éléments de réponse que ne fournissent pas les travaux préparatoires de la Constitution de 1958.

157. **La séparation des églises et de l'État.** L'insertion dans l'article 1^{er} de la Constitution de la laïcité résulte d'un amendement communiste. Elle donne lieu à de bien moins vifs débats que l'alinéa 13 du Préambule au sujet duquel certains craignaient particulièrement qu'il ne conduise à un monopole étatique de l'enseignement. L'insertion de la laïcité à l'article premier de la Constitution est l'occasion pour les diverses familles politiques de rappeler ce qu'ils entendent de la notion :

« Nous avons dit dans notre exposé sommaire des motifs, pourquoi nous proposons l'introduction du mot « laïque » dans l'article 1er. C'est d'abord parce que ce mot, introduit dans la Constitution, commande, comme conséquence, la séparation des églises et de l'État, qui est à nos yeux un principe démocratique important »⁴⁷².

C'est en référence à la Séparation des églises et de l'État et à la neutralité de l'État qu'est donc insérée la laïcité dans la Constitution. Le même député estime qu'il n'est pas « nécessaire de faire des recherches dans les textes les plus divers pour savoir ce que signifie la laïcité »⁴⁷³. Une telle vision

⁴⁷² E. FAJON, *JORF Assemblée nationale constituante*, 3 septembre 1946, p. 3477.

⁴⁷³ *ibid.*

semble se retrouver chez les autres familles politiques. André Philip, député socialiste et président de la commission de la Constitution, indique ainsi :

« Lorsque nous parlons de laïcité, cela veut dire d'abord la laïcité de l'État, la séparation complète de l'État et des églises. Du fait qu'il y a dans la nation française des hommes de toutes confessions et de toutes opinions philosophiques, l'État doit être complètement indépendant, dans toute son action vis-à-vis de toutes les opinions et de toutes les nuances de la pensée philosophique et religieuse, quelles qu'elles soient »⁴⁷⁴.

Fondateur du Mouvement républicain populaire, Maurice Schumann ne présente pas une vision différente :

« par laïcité nous entendons d'abord que l'État se refuse à l'immixtion des autorités religieuses et des clans philosophico-politiques dans les affaires et dans le domaine qui lui sont propres. La laïcité de l'État signifie alors son indépendance vis-à-vis de toute autorité qui n'est pas reconnue par l'ensemble de la nation, afin de lui permettre d'être impartial vis-à-vis de chacun des membres de la communauté nationale et de ne pas favoriser telle ou telle partie de la nation. Toute interprétation de la séparation contre une partie des Français ou pour une autre partie est, par conséquent, contraire à l'esprit de la législation française, à la saine et correcte définition de la laïcité, qui nous porte à nous élever contre l'inféodation de l'État à des coteries, quelles

⁴⁷⁴ A. PHILIP, *JORF Assemblée nationale constituante*, 3 septembre 1946, pp. 3476-3477.

qu'elles soient, qui lui enlèveraient son caractère souverain »⁴⁷⁵.

158. **Un principe guidant l'action politique.** Il faut toutefois souligner que ces différents députés s'exprimant sur la laïcité ajoutent tous un élément supplémentaire à la conception qu'ils en proposent et qui paraît aller un peu au-delà de la séparation des églises et de l'État. Insistant sur la neutralité de l'État qui en découle, ils précisent que les partis et élus politiques seront incités à ne pas mêler des aspects religieux à leurs activités politiques :

« C'est, ensuite, parce que notre amendement implique la neutralité de l'État à l'égard de toutes les religions et de tous les cultes ; et nous pensons aussi, à cet égard, que le caractère officiellement laïque de la Constitution de la France incitera ceux qui détiendront une parcelle de la souveraineté publique à s'abstenir, demain, de mêler dans leur activité ce qui sera l'exercice de leur fonction et l'exercice de leur culte ou de leurs croyances personnelles »⁴⁷⁶.

« La seconde constatation -(...) c'est la laïcité nécessaire de tous les partis politiques - ce qui veut dire que tout parti politique doit pouvoir être ouvert aux hommes de toutes opinions philosophiques et de toutes croyances religieuses, sans qu'aucun d'entre eux ne se trouve au sein d'aucun parti, froissé ou gêné dans ses

⁴⁷⁵ M. SCHUMANN, *JORF Assemblée nationale constituante*, 3 septembre 1946, p. 3474.

⁴⁷⁶ E. FAJON, *JORF Assemblée nationale constituante*, 3 septembre 1946, p. 3477.

opinions et dans ses croyances ; cela veut dire aussi que tout parti doit être indépendant de toute église et de toute hiérarchie ecclésiastique »⁴⁷⁷.

159. **Hiatus.** La laïcité constitutionnelle met en lumière le hiatus entre deux aspects de la laïcité de nature différente : une laïcité politique et une laïcité juridique, qui renvoie pour l'essentiel à la loi du 9 décembre 1905. Élever la laïcité au rang constitutionnel est un moyen d'en affirmer l'importance, mais ce ne sont pas uniquement les principes de la loi de 1905 qui ont été ciblés. Le Conseil d'État a d'ailleurs, indépendamment de ces articles de la Constitution, consacré le principe de laïcité au rang de PFRLR dans une décision de 2001. Il était question de la légalité d'un arrêté du ministre de l'Éducation ouvrant pour l'année 2000, dans la catégorie des concours réservés de recrutement de certains professeurs certifiés exerçant dans les disciplines d'enseignement général du second degré, une section qui proposait trente-cinq postes d'enseignement religieux catholique et huit postes d'enseignement religieux protestant. Ces postes étaient destinés à l'Alsace-Moselle, où l'enseignement religieux dans les établissements publics avait été prévu par l'ordonnance du 10 juillet 1873, modifiée par l'ordonnance du 16 novembre 1887, et maintenue en vigueur par la loi du 1er juin 1924 mettant en place la législation française dans les trois départements. La question était de savoir si l'affirmation du caractère laïque de la République et de l'enseignement par le préambule de la Constitution de 1946 et la Constitution de 1958 avait entendu abroger implicitement ces dispositions. Le juge administratif opère le constat selon lequel : « *si, postérieurement à la loi précitée du*

⁴⁷⁷ A. PHILIP, *JORF Assemblée nationale constituante*, 3 septembre 1946, pp. 3476-3477.

1er juin 1924, les préambules des 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, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi »⁴⁷⁸. Il est plutôt remarquable que le Conseil d'État fasse le choix d'ériger le principe de laïcité au rang de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il manque toutefois à une certaine rigueur en consacrant ce PFRLR sans en donner la source textuelle, ce qui constitue probablement la raison pour laquelle cette consécration est restée sans postérité. Ceci suggère néanmoins que la laïcité au sens de l'article premier de la Constitution de 1958 et de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 ne peut pas pleinement se confondre avec le principe législatif, ce qui était le sens de l'argumentation du commissaire du gouvernement dans ses conclusions. Il y indiquait qu'elle avait des contours moins étendus que ce dernier : « *Malgré les suggestions de certains auteurs, la notion constitutionnelle de laïcité est loin de s'étendre à l'ensemble des principes posés par la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État. Si tel était le cas, il est clair que l'obligation faite à l'État de dispenser un enseignement religieux en Alsace-Moselle et, plus globalement, la législation sur les cultes encore applicable dans cette région, seraient contraires à la Constitution* »⁴⁷⁹. Le Conseil d'État aurait ainsi pu arriver au même résultat sans consacrer un PFRLR dont le contenu est très incertain et l'utilité, en l'espèce, d'autant plus.

⁴⁷⁸ CE, 6 avril 2001, n° 219379, 221699, 221700, *SNES*.

⁴⁷⁹ E. MIGNON, « Le principe de laïcité et l'enseignement religieux en Alsace-Moselle : l'arrêt du Conseil d'État du 6 avril 2001 », concl., CE, 6 avril 2001, *SNES, RDC*, 2002, n° 52, p. 373.

160. La laïcité constitutionnelle est-elle moins ou davantage que la laïcité législative ? Concentre-t-elle seulement ses principes généraux ou les dépasse-t-elle ? La consécration constitutionnelle de la laïcité « *contribua d'abord à renforcer le côté protéiforme du terme* »⁴⁸⁰. Certains éléments plaident dans le sens de contours plus étendus de la laïcité constitutionnelle. Par son caractère général et politique, la norme constitutionnelle semble laisser la place à une laïcité dont la portée serait différente de la laïcité législative, à la fois plus étendue et plus restreinte. Plus étendue en ce qu'elle serait, comme le Professeur Geneviève Koubi le suggère, une règle devant inspirer l'ensemble des institutions publiques, y compris les partis politiques : « *la laïcité n'est pas seulement une valeur, elle répond aux formes mêmes de la République, assurant son unité sociale et son esprit démocratique, elle est d'ordre normatif, elle est à la base de toute règle de droit* »⁴⁸¹. Cette idée d'une laïcité fondatrice est conforme aux débats de 1946, et, plus encore, n'est pas incongrue au regard de la définition que le Conseil constitutionnel a pu donner de la laïcité en 2013 : « *il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît 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* »⁴⁸². Dans cette formulation on retrouve des

⁴⁸⁰ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011, p. 106.

⁴⁸¹ G. KOUBI, « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDP*, 1997, n°5, p. 1316.

⁴⁸² Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* ; considérant identique : Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane*.

éléments classiquement rattachés à la laïcité, à l'instar de la neutralité de l'État et les principes de non-reconnaissance et de non-salariat des cultes, mais aussi des éléments plus indirectement rattachés à la laïcité, comme le respect des croyance et l'égalité devant la loi, qui ne sont pas propres à la laïcité bien qu'ils n'y soient pas étrangers. La laïcité y figure bien comme un principe fondateur qui renverrait à d'autres principes constitutionnels ou législatifs. Elle pourrait aussi inspirer des comportements qui ne sont pas dictés par la loi. Il en va ainsi d'une certaine forme de neutralité religieuse qui est observée par les élus de la République alors que le devoir de neutralité ne s'impose pas à eux⁴⁸³. Le Professeur Jean Morange indique ainsi que « *le président de la République, le premier Ministre et les membres du gouvernement, mais aussi nombre d'élus nationaux ou locaux, s'imposent le respect d'une neutralité religieuse à laquelle ils ne sont nullement contraints* »⁴⁸⁴. Une conception englobante de la laïcité constitutionnelle, si elle ne paraît pas infondée au regard de ces éléments, n'a pas, contrairement à ce que Geneviève Koubi indique, la normativité que les principes législatifs donnent à ses exigences, comme les autres attributs de la République mentionnés dans cet article d'ailleurs. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle ne joue aucun rôle. Une telle conception paraît être celle que la CEDH se fait de la laïcité. Selon Clément Bénelbaz, « *la laïcité, telle qu'elle est abordée en Europe, se rattache davantage à une valeur qu'à un principe* »⁴⁸⁵. Il est rejoint par Frédéric Dieu selon qui « *la laïcité telle que la conçoit et la promeut la Cour européenne*

⁴⁸³ Cf. *infra* § 179 s.

⁴⁸⁴ J. MORANGE : « Le mystère de la laïcité française », *RDP*, 2013, n° 3, p. 507.

⁴⁸⁵ C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011, p. 133.

des droits de l'homme, à travers sa jurisprudence relative aux États qui en font un principe constitutionnel, correspond davantage à un projet de société concernant l'ensemble des citoyens qu'au simple devoir de neutralité que devraient s'imposer les pouvoirs publics »⁴⁸⁶.

2. LA LOI DU 9 DECEMBRE 1905

161. Bien que le principe constitutionnel de laïcité renvoie largement à la loi de 1905, celle-ci n'est pas applicable sur l'entièreté de territoire national. Les départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, ainsi que la Guyane, la Polynésie française, Wallis et Futuna et Saint Pierre et Miquelon ont conservé un régime distinct de celui qui vaut sur le reste du territoire.
162. **Moselle, Haut-Rhin et Bas-Rhin.** Pour les trois premiers, c'est le régime appliqué lorsque les territoires étaient allemands qui est resté en vigueur. Il résulte essentiellement du Concordat de 1802, modifié par des dispositions allemandes. Il implique ainsi, comme sous le régime des cultes reconnus, la reconnaissance de quatre cultes -catholique, protestants luthérien et réformé, et israélite- qui s'exercent sous la forme d'établissements publics du culte placés sous la tutelle de l'État. Comme sous le régime qui valait avant 1905, la nomination de certains ministres du culte nécessite l'autorisation du ministre de l'Intérieur. Les ministres du culte sont rémunérés par l'État et un enseignement religieux est mis en place dans les écoles publiques. C'est d'abord le Conseil

⁴⁸⁶ F. DIEU, « Le principe de laïcité érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2010, n° 3, p. 749.

d'État qui a été interrogé sur cet aspect à l'occasion d'un recours dirigé contre un arrêté ministériel ouvrant au recrutement des postes dédiés à l'enseignement religieux catholique et protestant. Il rappelle que les dispositions de l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924 permettant le maintien des dispositions relatives aux cultes dans les départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin constituent un cadre légal qui n'a pas été remis en question par les dispositions constitutionnelles de 1946 et 1958. Cette interprétation est celle du Conseil d'État⁴⁸⁷ et du Conseil constitutionnel⁴⁸⁸.

163. **En Outre-mer**, quatre régimes distincts de la loi de 1905 sont appliqués en Nouvelle-Calédonie, à Wallis et Futuna, à Saint-Pierre-et-Miquelon, dans les Terres australes, à Mayotte, en Guyane et en Polynésie française. Ces régimes relèvent de dispositions différentes, mais aucun d'eux ne met en place une Séparation des églises et de l'État⁴⁸⁹.

164. La Guyane relève ainsi de l'ordonnance royale du 27 août 1828. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé en 2017 sur la compatibilité à la Constitution des dispositions permettant

⁴⁸⁷ CE, 6 avril 2001, n° 219379, 221699, 221700, *SNES*.

⁴⁸⁸ Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* : « il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1er que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, qu'en proclamant que la France est une « République. . . laïque », la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte ».

⁴⁸⁹ Voir X. DELSOL, A. GARAY, E. TAWIL, *Droit des cultes : personnes, activités, biens et structures*, Dalloz, 2005, p. 98 s.

la rémunération des ministres du culte catholique en Guyane -l'ordonnance royale du 27 août 1828 et la loi du 13 avril 1900. Il a, comme en 2013 et selon une formulation identique, estimé qu' « *il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1er que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, qu'en proclamant que la France est une « République ... laïque », la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte* »⁴⁹⁰.

165. Les autres territoires d'outre-mer relèvent des décrets Mandel des 16 janvier et 6 décembre 1939.
166. **Contestations.** L'existence de régimes spécifiques, dérogatoires aux principes posés par la loi du 9 décembre 1905, montre une relativité territoriale de certaines des exigences de la laïcité. Elle suscite de nombreuses critiques de certains défenseurs de la laïcité. Ces critiques sont notamment celles des obédiences maçonniques qui, réunies en assises pour fêter le centenaire de la loi de séparation des églises et de l'État, ont proposé un certain nombre de « chantiers » parmi lesquels celui d' « *unifier, sur tout le territoire national, le statut*

⁴⁹⁰ Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane*.

de l'Église » en abrogeant ces régimes spécifiques⁴⁹¹. Il n'en demeure pas moins que cette relativité a des fondements historiques et juridiques évidents et validés par le Conseil constitutionnel.

167. Se dessine ainsi un véritable hiatus entre une notion constitutionnelle censée inspirer l'ensemble de l'ordre juridique et des principes législatifs qui ne valent finalement que sur une partie du territoire. Ces éléments donnent l'impression qu'il y a deux laïcités qui cohabitent en France. Cette cohabitation peut perturber l'appréhension des contours et de la portée exacts des exigences de la laïcité. Aussi la détermination de leur champ d'application a été un enjeu important au moment de l'élaboration de la loi de 1905 et par la suite.

II. LE CHAMP D'APPLICATION LIMITE DES EXIGENCES DE LA LAÏCITE

168. Si l'ordre public peut s'immiscer dans tous les espaces territoriaux ou comportementaux, il n'en va pas de même de la laïcité. La portée de ses exigences a été précisée par le législateur et le juge. Ils ont ensemble bâti un principe qui bénéficiait originellement de contours assez clairs (A) mais dont le champ d'application a été, ces dernières décennies, un peu brouillé (B).

⁴⁹¹ Les Obédiences de la maçonnerie française, *Vivre-ensemble*, actes des assises de la laïcité, célébration du centenaire de la Loi de 1905, édités par le Grand Orient de France, 9 décembre 2005, p. 174.

A. UN CHAMP D'APPLICATION ORIGINELLEMENT
CLAIREMENT DELIMITE

169. Les exigences qui résultent de l'article 2 de la loi de 1905, particulièrement celle de non-reconnaissance des cultes, ainsi que l'exigence de neutralité, ont des contours suffisamment vagues pour que de nombreux doutes aient pu exister quant à leur étendue. Ainsi que l'a souligné Roland Drago, « *la neutralité en matière religieuse pourrait être celle de l'État, celle de l'école, celle des Églises et celle des hommes eux-mêmes* »⁴⁹². Le législateur et le juge ont participé de la définition d'un champ d'application assez minimaliste des exigences de la laïcité. Celles-ci ne sont ni attachées à des espaces particuliers (1), ni attachées à des catégories de personnes (2) mais uniquement imposées dans le cadre du fonctionnement de la puissance publique (3).

1. L'ABSENCE DE CRITERE SPATIAL

170. Il était tentant de donner à certaines des exigences de la laïcité une portée extensive. Les courants antireligieux qui souhaitaient reléguer la religion à la sphère privée auraient été satisfaits que l'espace public soit un espace de neutralité. Ce n'est pas la voie qui a été empruntée par le législateur, ni par le juge administratif qui se sont refusés à concevoir la laïcité comme une notion attachée à certains espaces.

171. **L'espace public** n'emporte ainsi pas par lui-même l'application d'exigences de la laïcité. Les cérémonies,

⁴⁹² R. DRAGO, « Laïcité, neutralité, liberté » in F. TERRÉ, (dir.), *Droit et religion*, Sirey, Archives de philosophie du droit, T. 38, 1993, p. 211.

processions et autre manifestations religieuses peuvent se dérouler sur la voie publique dans la seule limite de l'ordre public. Cet aspect fait partie des questions dont la solution a été apportée par le législateur en 1905. Le rapport Briand préconisait l'interdiction pure et simple des manifestations religieuses sur la voie publique :

« Elles peuvent tenir partout leurs réunions cultuelles sous la seule obligation d'une déclaration annuelle, elles peuvent construire des édifices aussi nombreux, aussi vastes qu'elles désirent, elles peuvent, pour les cérémonies en plein air, acquérir des jardins ou des espaces extrêmement étendus, mais elles n'ont pas le droit d'emprunter la voie publique pour les manifestations de leur culte et d'imposer ainsi aux indifférents, aux adeptes d'autres confessions religieuses le spectacle inévitable de leurs rites particuliers. L'article 25 apparaît ainsi comme la consécration du principe de liberté et de neutralité. La séparation entre le monde religieux et le monde laïque, comme entre les divers groupements religieux, doit être absolue et décisive. Les processions et cérémonies ne pourront avoir lieu ni dans les rues, boulevards, squares, ni dans aucune dépendance de la voie publique »⁴⁹³.

L'article 27 de la loi de 1905 dispose finalement, de manière plutôt laconique, que *« les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte, sont réglées en*

⁴⁹³ Rapport fait le 4 mars 1905 au nom de la commission relative à la séparation des Églises et de l'État et à la dénonciation du Concordat, n°2302, Chambre des députés, annexe au procès-verbal de la deuxième séance du 4 mars 1905, p. 290.

conformité de l'article 97 du Code de l'administration communale ». Le décret du 16 mars 1906 précise que la surveillance de ces réunions s'exerce selon les règles classiques applicables en matière de police municipale⁴⁹⁴. Les autorités de police ne peuvent interdire de telles manifestations qu'en vertu de la protection de l'ordre public. Ceci a donné lieu à un contentieux très riche devant le juge administratif. Il a constamment rappelé le principe : les arrêtés municipaux qui interdisent les manifestations culturelles sur la voie publique, tout en étant dépourvus de toute motivation liée au maintien de l'ordre public, sont illégaux. La décision Abbé Olivier rendue en 1909 par le Conseil d'État fait figure de décision de principe. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Chardenet rappelle que le Conseil d'État a « *toujours recherché si ces arrêtés avaient été pris dans l'intérêt de la circulation ou dans l'intérêt du maintien de l'ordre public* »⁴⁹⁵. Le juge a distingué les manifestations conformes aux usages et traditions locaux des autres manifestations. Pour les premières, un régime préventif sera par principe impossible à mettre en place sauf si un motif précis tiré de la protection de l'ordre public le justifie⁴⁹⁶. Le décret-loi du 23 octobre 1935 est finalement venu donner un régime juridique valant pour toutes les manifestations et qui est désormais codifié à l'article L. 211-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁴⁹⁴ Décret du 16 mars 1906 *portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État en ce qui concerne l'attribution des biens, les édifices des cultes, les associations culturelles, la police des cultes*, art. 49

⁴⁹⁵ M. CHARDENET, conclusions sous CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, *Rec.*, p. 27355 s.

⁴⁹⁶ Voir en ce sens R. SCHWARTZ, « 5. La jurisprudence de la loi de 1905 » in P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, PUF, 2007, p. 145.

Elles sont soumises à une déclaration préalable, à l'exception des manifestations traditionnelles, qui en sont dispensées⁴⁹⁷. Le caractère traditionnel ou non d'une manifestation religieuse n'emporte de conséquence que sur son régime car quoiqu'il en soit, les restrictions ne pourront être fondées que sur la protection de l'ordre public. Le principe est rappelé par le Conseil d'État en 1948 dans la décision *Jeunesse indépendante chrétienne féminine* concernant l'organisation d'une cérémonie religieuses en plein air⁴⁹⁸. Comme le rappelle Rémy Schwartz, « *La jurisprudence a été sur ce point foisonnante jusqu'à la Seconde Guerre mondiale* »⁴⁹⁹. Multipliant les exemples illustrant la nécessité qu'un motif tiré de la protection de l'ordre public puisse seul fonder les restrictions, il précise que la dernière affaire qu'il a pu relever concernant les manifestations du culte sur la voie publique date de 1966. Une période de plusieurs décennies s'ouvre alors, dans laquelle ces aspects ne génèrent plus de contentieux. Il faut attendre les années 2010 pour que le juge administratif soit amené à faire à nouveau usage de cette jurisprudence. En 2018, la CAA de Nantes est saisie d'une affaire concernant une demande tendant à l'interdiction de la procession du dimanche des Rameaux organisée par le curé de l'île d'Houat sur la voie publique. Le rapporteur public à la

⁴⁹⁷ Art. L. 221-1 du CSI, al. 1 et 2 : « *Sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique.*

Toutefois, sont dispensées de cette déclaration les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux. » Issu du décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public ».

⁴⁹⁸ CE, 5 mars 1948, *Jeunesse indépendante chrétienne féminine*, *Rec.*, p. 121

⁴⁹⁹ R. SCHWARTZ, « 5. La jurisprudence de la loi de 1905 » *in* P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, PUF., 2007, p. 145.

CAA de Nantes François-Xavier Bréchet souligne alors que l'affaire pourrait être « *l'occasion de rappeler l'état du droit dans une matière redevenue inflammable* »⁵⁰⁰. La demande est, suivant les conclusions du rapporteur, rejetée par la Cour jugeant « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le déroulement d'une procession religieuse sur l'île d'Houat le 20 mars 2016 était de nature à créer une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public* »⁵⁰¹. Le rapporteur public souligne dans ses conclusions l'importance qu'a pu avoir dans le débat public les prières de rue et qui participe d'un rebond des questionnements autour des manifestations à caractère religieux⁵⁰². En dépit de la « caisse de résonance médiatique » qui donne à penser que ce phénomène est quantitativement important, Jean Baubérot en souligne la rareté⁵⁰³. Un constat conforté par le fait qu'il n'a pour l'heure pas généré de contentieux. Rien ne peut toutefois laisser penser que de telles pratiques échapperaient aux critères jurisprudentiels classiques : sans être qualifiées de traditionnelles, elles devraient faire l'objet d'une déclaration préalable et leur déroulement ne pourrait être encadré voire interdit que si la protection de l'ordre public l'exigeait.

172. La question de l'expression religieuse par le vêtement s'est également posée lors de la rédaction de la loi de séparation. Le député Chabert avait alors proposé un amendement visant

⁵⁰⁰ F.-X. BRÉCHOT, « Les manifestations extérieures du culte », conclusions sur CAA Nantes, 8 juin 2018, n° 17NT02695, *M. Bernard Favot, RFDA*, 2018, p. 632.

⁵⁰¹ CAA Nantes, 8 juin 2018, n° 17NT02695, *M. Bernard Favot*.

⁵⁰² F.-X. BRÉCHOT, « Les manifestations extérieures du culte », conclusions sur CAA Nantes, 8 juin 2018, n° 17NT02695, *M. Bernard Favot, RFDA*, 2018, p. 632.

⁵⁰³ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2014, p. 13.

à interdire le port de la soutane dans l'espace public. Briand s'opposa à cet amendement qui ne fut finalement pas adopté⁵⁰⁴. Les individus peuvent ainsi exprimer leurs convictions religieuses au moyen de vêtements ou accessoires. Là encore, il faudra se fonder sur d'éventuels troubles à l'ordre public pour encadrer la pratique. La question ressurgit un peu plus d'un siècle plus tard concernant le port, par des femmes musulmanes, du voile intégral⁵⁰⁵. Une étude a été demandée au Conseil d'État. Il a affirmé, conformément à sa jurisprudence, que l'interdiction du voile intégral dans l'espace public ne pouvait reposer que sur l'ordre public⁵⁰⁶. C'est donc sur ce fondement que le législateur a interdit la dissimulation du visage dans l'espace public en 2010⁵⁰⁷. C'est ainsi également qu'a été appréhendé le port, par des femmes musulmanes, de tenues de baignade couvrant largement leur corps, couramment appelées « burkini »⁵⁰⁸. Une vague d'arrêtés municipaux visant à interdire le port de ces vêtements sur la plage a entraîné des contestations devant le juge administratif.

⁵⁰⁴ AN, délibérations sur le projet et les propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État, 43^e séance, 26 juin 1905.

⁵⁰⁵ Il peut s'agir du niqab, qui dissimule l'ensemble du visage à l'exception d'une fente laissée pour les yeux ; ou de la burqa, qui dissimule également le regard derrière un « grillage ».

⁵⁰⁶ Il a toutefois précisé que cela impliquait une conception renouvelée de l'ordre public : CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, 25 mars 2010.

⁵⁰⁷ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

⁵⁰⁸ Mot qui est en fait une marque déposée par une créatrice de mode et qui, contrairement à ce qu'il peut suggérer, ne recouvre pas le visage, comme la burqa. C'est une tenue de bain qui recouvre le corps et les cheveux et qui en ce sens ne se distingue pas particulièrement du *jilbab*, qui est un vêtement qui recouvre le corps à l'exception des pieds, mains et visage, si ce n'est qu'il est destiné à la baignade.

Finally le Conseil d'État s'est prononcé en référé au sujet de l'arrêté pris par le maire de Villeneuve-Loubet et après que le Tribunal administratif de Nice eut rejeté la demande de suspension de l'arrêté faite par la Ligue des droits de l'homme et l'Association de défense des droits de l'homme, collectif contre l'islamophobie en France⁵⁰⁹. Alors que l'arrêté du maire se fondait sur le principe de laïcité⁵¹⁰ ; le Conseil d'État rappelle qu'« *il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public* ». Il suspend l'arrêté en question. Une solution contraire est retenue concernant un arrêté similaire pris par le maire de Sisco. Le Tribunal administratif de Bastia a rejeté la demande en annulation formulée par la Ligue des Droits de l'Homme, qui a interjeté appel. La Cour administrative d'appel de Marseille, tout en rappelant dans un considérant identique à celui du Conseil d'État que le maire ne peut pas se fonder sur d'autres considérations que les exigences de l'ordre public, a estimé en l'espèce que l'arrêté visant à interdire le port de tenues manifestant ostensiblement une appartenance religieuse était proportionné aux risques qui pesaient sur

⁵⁰⁹ CE, ord., 26 août 2016, n° 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*.

⁵¹⁰ *Ibid.* : art 4.3 de l'arrêté : « *Sur l'ensemble des secteurs de plage de la commune, l'accès à la baignade est interdit, du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d'une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. Le port de vêtements, pendant la baignade, ayant une connotation contraire aux principes mentionnés ci-avant est strictement interdit sur les plages de la commune* ».

l'ordre public⁵¹¹. Le Conseil d'État a refusé d'admettre le pourvoi de la Ligue des Droits de l'Homme contre cet arrêt⁵¹².

173. La manifestation des convictions dans l'espace public peut également être sonore. La question a été traitée en premier lieu concernant les sonneries de cloches. L'article 27 de la loi de Séparation a donné la compétence pour réglementer ces sonneries aux autorités locales :

« Les sonneries des cloches seront réglées par arrêté municipal, et, en cas de désaccord entre le maire et le président ou directeur de l'association culturelle, par arrêté préfectoral. Le règlement d'administration publique prévu par l'article 43 de la présente loi déterminera les conditions et les cas dans lesquels les sonneries civiles pourront avoir lieu ».

Il revient ainsi au maire, ou au préfet en cas de désaccord du maire avec l'association culturelle qui occupe le lieu, de déterminer les conditions dans lesquelles les cloches pourront retentir. Des précisions ont sur cet aspect été apportées par le décret du 16 mars 1906 *portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État en ce qui concerne l'attribution des biens, les édifices des cultes, les associations culturelles, la police des cultes*⁵¹³. L'article 50 dispose que

⁵¹¹ CAA Marseille, 3 juillet 2017, n°17MA01337.

⁵¹² CE, 14 février 2018, n°413982.

⁵¹³ Décret du 16 mars 1906 *portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État en ce qui concerne l'attribution des biens, les édifices des cultes, les associations culturelles, la police des cultes*.

l'arrêté municipal devra « *régler l'usage des cloches tant pour les sonneries civiles que pour les sonneries religieuses* ». L'article 51 explicite l'utilisation possible des cloches : elles peuvent être utilisées « *dans les cas de péril commun qui exigent un prompt secours* ». Cette disposition est, depuis, devenue obsolète⁵¹⁴. Les cloches peuvent également être utilisées « *dans les circonstances où cet emploi est prescrit par les dispositions des lois ou règlements, ou autorisé par les usages locaux* ». Ce second aspect, plus imprécis, ne répond pas directement à la question des sonneries religieuses. A ce sujet également, des maires, faisant usage de leur pouvoir de police, ont essayé de limiter les sonneries religieuses des cloches. Le juge administratif a toujours rappelé le principe en la matière : le maire ne peut pas interdire ou restreindre des sonneries religieuses précédemment en usage alors qu'aucun motif tiré de la préservation de l'ordre public ne peut être invoqué⁵¹⁵. Le contentieux en la matière semble s'être largement amenuisé. Il n'a pas été réactivé par la question de l'appel à la prière car, comme les prières de rue, elle correspond davantage à un phénomène médiatique qu'à une réalité, l'appel public à la prière n'étant a priori pas pratiqué en France. Si tel était le cas, le professeur Papi a estimé que

⁵¹⁴ Aujourd'hui ce sont les sonneries des casernes de pompiers qui sont utilisées à cet effet.

⁵¹⁵ CE, 13 janvier 1911, *Abbé Savarin, Rec.*, p. 15 ; CE, 24 mai 1938, *Abbé Touron, Rec.*, p. 462 ; CE, 5 août 1921, *Abbés Constantin et autres, Rec.* p. 820 : les « *dispositions qui restreignent et limitent les sonneries à une durée aussi brève, ont pour conséquence d'entraver ou de supprimer les sonneries de divers offices ou exercices religieux ainsi que diverses sonneries précédemment en usage* » alors « *qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre et la tranquillité publique ne pouvait être légitimement invoqué par le maire* » sont illégales.

cette pratique ne correspondant pas à un usage local, elle ne pourrait pas légalement avoir lieu⁵¹⁶.

174. L'utilisation de la notion d'ordre public par le juge administratif a ainsi été un moyen de circonscrire l'étendue des exigences de la laïcité. L'espace public apparaît alors comme un espace qui, par lui-même, n'emporte pas l'application des exigences de la laïcité : la question de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public confirme ceci. Si certaines personnalités politiques aimeraient interdire le port de certains signes religieux dans l'espace public sur le fondement de la laïcité, rien dans le droit français ne va pour l'instant en ce sens. Le constat pourrait être plus nuancé concernant les services publics qui constituent un espace dans lequel des règles plus contraignantes sont susceptibles d'être appliquées.

175. **Le cimetière** apparaît comme un espace particulier, support d'un service public et lieu de conservation des défunts, d'hommage et de recueillement à leur égard. Géographiquement donc c'est un espace mixte qui relève à la fois de la neutralité du service public et de la liberté d'expression des usagers et visiteurs. La neutralité des cimetières, amorcée avant 1905, est entérinée avec la loi de séparation. Une distinction a été opérée entre les parties communes, qui doivent être neutres en vertu de l'article 28 de la loi de 1905, et les tombes et terrains de sépulture concédés, où rien n'interdit d'apposer des emblèmes religieux. Comme dans les autres services publics, la visibilité des convictions

⁵¹⁶ S. PAPI, « Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluences », *Droit et société*, 9 décembre 2014, n° 88, p. 689.

n'est pas un problème tant qu'elle demeure l'expression privée des individus sur les terrains de sépulture. Le maire ne peut alors se fonder que sur des considérations tenant au maintien de l'ordre public pour limiter l'apposition ou la dimension d'emblèmes religieux sur les concessions : « *s'il appartient au maire de déterminer les dimensions et les hauteurs des monuments funèbres, il ne peut le faire qu'en vue de sauvegarder l'un des intérêts ci-dessus spécifiés (sécurité, salubrité, tranquillité, bon ordre et décence)* »⁵¹⁷. Ce principe est régulièrement rappelé par le juge administratif :

*« Les dispositions de l'arrêté attaqué qui limitent la hauteur des dalles, encadrements, monuments funéraires et éléments de décoration, qui déterminent trois types de monuments funéraires et qui soumettent à autorisation préalable tout projet de construction de tombe ou caveau en vue de contrôler notamment "la conception esthétique de l'ensemble de l'ouvrage" n'ont pas pour objet direct le maintien du bon ordre et de la décence dans le (cimetière) »*⁵¹⁸.

Les monuments funéraires, même s'ils ne se trouvent pas sur des terrains de concession privés, peuvent également être ornés de symboles religieux déposés par les familles. Le Conseil d'État l'a rappelé dans l'arrêt Abbé Guerle du 4 juillet 1924 :

« il résulte de la distinction même faite par le législateur entre les terrains de sépulture dans les

⁵¹⁷ CE, 21 janvier 1910, *Gonot, D.*, 1911, III, p. 135.

⁵¹⁸ CE, 18 février 1972, n°77277, *Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne.*

cimetières et « les monuments funéraires », que cette dernière expression s'applique à tous les monuments destinés à rappeler le souvenir des morts, même s'ils ne recouvrent pas de sépultures et quel que soit le lieu où ils sont érigés ; que, par suite, le monument funéraire élevé à la mémoire des morts de la guerre sur une place publique de la commune de Fouilloy doit être considéré comme un monument funéraire au sens de l'article 28 précité de la loi du 9 décembre 1905 ; qu'ainsi l'apposition de signes ou emblèmes religieux sur ce monument n'est pas interdite (...) »⁵¹⁹.

Il ajoute que le maire peut en vertu de ses pouvoirs de police interdire le dépôt d'emblèmes religieux sur le monument aux morts si celui-ci est « *de nature à enlever à ce monument son véritable caractère et à provoquer des troubles* »⁵²⁰. C'est ainsi qu'en 1993 la Haute juridiction n'a pas annulé l'arrêté d'un maire interdisant le dépôt d'une gerbe aux pieds d'un monument aux morts par une association militant contre l'interruption volontaire de grossesse pour commémorer les « *trois millions d'enfants tués par avortement* » car « *le dépôt de gerbe litigieux, qui était sans rapport avec les événements commémorés par le monument aux morts, était de nature à enlever audit monument son véritable caractère* »⁵²¹.

176. Ainsi, aucun espace ne justifie par lui-même une application généralisée de la laïcité. Il n'est pas possible d'y voir un principe attaché géographiquement à certains lieux. Il n'est pas

⁵¹⁹ CE, 24 juillet 1924, *Abbé Guerle, Rec.*, p. 640.

⁵²⁰ *ibid.*

⁵²¹ CE, 28 juillet 1993, n°107990, *Association « Laissez-les vivre - SOS Futures Mères »*.

d'avantage possible d'y voir un principe qui serait attaché à la qualité de certaines personnes.

2. L'ABSENCE DE CRITERE PERSONNEL

177. Les exigences de la laïcité ne sont pas plus applicables aux individus en raison de leur qualité.
178. **La qualité d'usager du service public** n'emporte en soi aucune restriction de la liberté religieuse fondée sur la laïcité. La CEDH dans l'arrêt *Ahmet Arslan* semble envisager la possibilité que la qualité d'usager du service public puisse emporter des limites particulières de la liberté religieuse fondées sur la neutralité religieuse du service public :

« La Cour rappelle ensuite son constat selon lequel les requérants ont été sanctionnés pour la tenue vestimentaire qu'ils portaient dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques. Il ne s'agit donc pas de la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics, dans lesquels le respect de la neutralité à l'égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion »⁵²².

Ce n'est pas l'approche qui est retenue en France. Les exigences de la laïcité ne s'y appliquent qu'en raison d'un critère organique. En ce sens elles concernent la puissance publique et ses moyens, mais ne s'appliquent pas directement aux usagers du service. L'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, en prévoyant la possibilité d'organiser des services

⁵²² CEDH, 23 février 2010, n° 41135/98, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*.

d'aumônerie dans certains services publics indique bien que les usagers ne sont pas tenus d'abandonner leurs convictions au sein du service. Ce sont ainsi seulement les exigences de l'ordre public qui servent de fondement pour admettre ou non des limitations à la liberté religieuse des usagers. Le juge administratif a eu l'occasion de confirmer ce principe de liberté à plusieurs reprises, notamment dans l'arrêt *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles* où il a jugé, à propos d'une délibération du Conseil général du département interdisant aux ministres des cultes de célébrer des cérémonies dans les établissements hospitaliers administrés par lui, « *qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre dans les établissements d'assistance gérés par le département ne pouvait être invoqué par le Conseil général pour justifier sa décision* »⁵²³. Les demandes à caractère religieux dans les services publics restent donc possibles. Elles constituent un sujet particulièrement récurrent et sensible de ces dernières décennies. Même si les pouvoirs publics ont, notamment par la charte de la laïcité dans les services publics et par voie de circulaire, tenté d'encadrer ce phénomène, le seul fondement légitime semble pour l'instant ne pouvoir reposer que sur l'ordre public. Il faut toutefois souligner, et c'est là la particularité du service public, que l'ordre public y est spécial et plus contraignant. Des limites à la liberté religieuse peuvent être consenties au nom du « *bon fonctionnement du service public* », ou encore du « *bon ordre dans l'établissement* », qui passent par exemple par le « *bon déroulement des enseignements* » dans les écoles, ou la « *qualité des soins* » à l'hôpital. Le bon fonctionnement du service tient à la possibilité pour l'établissement de fonctionner

⁵²³ CE, 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles*.

en vue de l'accomplissement des missions d'intérêt général qui ont justifié sa création.

179. **La qualité d'élu de la République** est particulière également car les élus participent directement à l'action de la puissance publique. Certains contribuent même parfois à l'accomplissement de missions de service public⁵²⁴. Toutefois, contrairement à un agent du service public, leur fonction est précisément politique : ils sont désignés par l'expression de la souveraineté **en raison** de leurs opinions politiques. Ces dernières sont le fruit de leurs convictions philosophiques, morales, et, nécessairement, religieuses parfois. Personne ne conteste l'expression de leurs convictions diverses, et il est plutôt souhaitable qu'elles s'expriment. Personne ne critique le fait qu'une personnalité politique puisse exprimer sa préférence pour une idéologie politique plutôt qu'une autre, une certaine philosophie de la personne humaine ou de la Nation. Personne ne critique le fait qu'une personnalité politique puisse invoquer son histoire personnelle, le milieu dans lequel elle a grandi, l'éducation qu'elle a reçue. Pourtant l'expression des convictions religieuses est un peu à part car, contrairement aux aspects précités, elle suscite parfois des réactions assez critiques. Les convictions religieuses font pourtant partie de l'ensemble plus large des convictions et du mode de vie d'une personne. Elles participent directement de la construction de sa personnalité et de sa pensée. Si ces réactions pourront peut-être s'expliquer ultérieurement par la spécificité du rapport à l'expression des convictions religieuses en France, il n'en demeure pas moins que rien juridiquement ne fonde une obligation de neutralité ou de discrétion

⁵²⁴ Cons. const., 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *Franck M. et autres*.

religieuse des élus. Ceci a été rappelé par la Cour de cassation : « *il n'est nullement établi, qu'en l'espèce, le port d'une croix par Patricia Y... ait été un facteur de trouble susceptible de justifier que le maire, usant de son pouvoir de police, la prive de son droit à s'exprimer, en sa qualité d'élue municipale ; qu'aucune disposition législative, nécessaire en vertu de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour que les restrictions soient apportées à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, ne permet au maire d'une commune, dans le cadre des réunions du conseil municipal, lieu de débats et de confrontations d'idées, d'interdire aux élus de manifester publiquement, notamment par le port d'un insigne, leur appartenance religieuse* »⁵²⁵. Et ceci a également été rappelé par le Conseil d'État la même année. Il a considéré que la question prioritaire de constitutionnalité invoquant l'inconstitutionnalité des dispositions du Code électoral qui ne prévoient ni l'inéligibilité ni l'impossibilité pour le préfet d'enregistrer sur les listes de candidats les candidats à l'élection au Conseil régional qui font état de leurs convictions religieuses est dépourvue de caractère sérieux dans la mesure où « *la circonstance qu'un candidat à une élection affiche son appartenance à une religion est sans incidence sur la liberté de choix des électeurs et ne met pas en cause l'indépendance des élus ; qu'aucune norme constitutionnelle, et notamment pas le principe de laïcité, n'impose que soit exclues du droit de se porter candidates à des élections des personnes qui entendraient, à l'occasion de cette candidature, faire état de leurs convictions religieuses* »⁵²⁶.

⁵²⁵ Cass. crim., 1er septembre 2010, n° 10-80584, *Bull. crim.*, n° 127.

⁵²⁶ CE, 23 décembre 2012, n° 337899, *Association Arab women's solidarity association France*.

3. LE CHOIX D'UN CRITERE FONCTIONNEL : L'ACTION PUBLIQUE

180. L'application de la laïcité se détermine en réalité de manière fonctionnelle. C'est l'action publique qui justifie l'application des exigences de la laïcité. C'est pourquoi les principes issus de la loi de 1905 sont des interdictions dirigées vers l'État : ne pas reconnaître, ne pas salarier, ne pas subventionner. Ces aspects ne posent pas de problème particulier quant à leur champ d'application. Les contentieux ont plutôt impliqué pour le juge d'apprécier matériellement ce qui constitue la reconnaissance, le salariat ou le subventionnement des cultes de manière directe ou indirecte et les assouplissements qui peuvent être consentis.

181. **Les moyens humains de l'action publique.** Le champ d'application de l'obligation de neutralité des agents du service public a suscité davantage de contentieux. Le Conseil d'État est venu rappeler la portée de cette exigence dans le particulièrement connu avis de 2000 *Mlle Marteaux*. Il était consulté sur l'étendue de l'obligation de neutralité : vaut-elle pour tous les services publics ? Pour tous les personnels dans l'enseignement ou seulement ceux qui enseignent ? Distingue-t-elle les signes selon leur nature ou leur degré de visibilité ? Le Conseil répond que le principe s'applique à l'ensemble des services publics, y compris, pour ce qui est de l'enseignement public, aux agents qui n'exercent pas une fonction d'enseignement⁵²⁷.

⁵²⁷ CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*.

182. Le lien ainsi établi entre le service et l'obligation de neutralité implique que cette dernière puisse se prolonger au-delà du temps et du lieu de travail, notamment à travers l'utilisation des moyens matériels directement rattachés au service public. Le juge administratif a dû se prononcer sur l'utilisation par un agent de son adresse électronique professionnelle à l'occasion de ses activités religieuses. Il a estimé que « *le fait d'utiliser des moyens de communication du service au profit de l'Association pour l'unification du christianisme mondial et, d'autre part, le fait d'apparaître, dans les conditions sus rappelées, sur le site de cette organisation en qualité de membre de celle-ci, constituaient un manquement au principe de laïcité et à l'obligation de neutralité qui s'impose à tout agent public* »⁵²⁸. Il n'était pas tellement question de l'utilisation de l'adresse électronique pour communiquer à des fins religieuses, que du fait qu'elle apparaissait publiquement sur un site internet religieux, réalisant ainsi un lien direct entre ce site internet et le service public auquel renvoie l'adresse électronique.

183. De même, l'obligation de neutralité vaut pour l'ensemble des personnels des services publics quelle que soit la manière dont ils sont assumés, c'est à dire même lorsque le service public est assuré par une personne morale de droit privé. La Cour de cassation n'a pas manqué de rappeler ce principe à propos d'une caisse primaire d'assurance maladie :

« 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

⁵²⁸ CE, 15 octobre 2003, n° 244428, *M. Odent*.

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 »⁵²⁹.

Ce critère du service public comme condition de l'exigence de neutralité des agents ou des salariés pose ainsi parfois le problème de sa lisibilité. Lorsque le service public est directement assumé par une personne morale de droit public, la question ne se pose pas, puisque les agents publics sont tous également astreints à cette obligation. Lorsque ce service est assumé par une personne morale de droit privé, il faut être en mesure de l'identifier si cela n'a pas été fait de manière claire par un texte. Cette identification passe par des critères jurisprudentiels⁵³⁰ qui peuvent manquer de prévisibilité comme en ont témoigné les multiples retournements de l'affaire Baby-Loup⁵³¹.

184. En revanche, lorsque l'agent n'est pas dans le cadre du service, ni n'utilise publiquement les moyens du service dans le cadre d'activités religieuses, il bénéficie pleinement de la liberté de

⁵²⁹ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, *CPAM de Seine-Saint-Denis*, bull.

⁵³⁰ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, 18^e éd., PUF, 2020, p. 283 s.

⁵³¹ Les différents degrés de juridiction n'ont pas tous donné la même réponse à la question du caractère de service public de la crèche. La doctrine a également souligné le manque d'évidence des solutions proposées.

conscience et de culte sans que l'administration ne puisse en tirer de quelconques conséquences quant à sa carrière⁵³².

185. **Les moyens matériels de l'action publique.** Du reste, les exigences de la laïcité sont attachées au patrimoine des personnes publiques mais seulement pour l'avenir, ainsi que le précise l'article 28 de la loi de 1905, ce qui signifie bien que la présence de signes ou emblèmes religieux n'est pas, par elle-même, problématique, mais que désormais l'acte par lequel l'administration apposerait un tel signe ou emblème n'est pas acceptable⁵³³. Il en va théoriquement de même des moyens financiers de l'administration. Si l'exigence de non-subventionnement des cultes subit de nombreuses atténuations, celles-ci ne doivent en revanche pas conduire à remettre en question l'exigence de non-reconnaissance des cultes. Le juge a, en la matière, bâti des équilibres subtils⁵³⁴.

186. Au terme de ces développements il apparaît que le champ d'application des exigences de la laïcité est strictement rattaché à l'action de la puissance publique. Elles s'appliqueront ainsi aux différents moyens de cette action : humains, financiers, matériels mais pas au-delà. Le juge et le législateur ont résisté à une application de celles-ci fondée sur le lieu dans lequel se trouvent les individus ou sur leur qualité. Si ces observations restent majoritairement valables, elles devront toutefois être légèrement nuancées pour l'espace particulier que constitue l'école publique. Toujours est-il que l'identification du champ

⁵³² CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, *Rec.*, p. 379 ; CE, 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis*, *Rec.*, p. 524 ; CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, *Rec.*, p. 463 ; CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, *Rec.*, p. 247.

⁵³³ *Cf. supra* § 86 s.

⁵³⁴ *Cf. infra* § 208 s.

d'application des exigences de la laïcité montre que si la laïcité ne s'applique pas à l'ensemble des activités religieuses, l'ordre public le peut.

B. UN CHAMP D'APPLICATION PARTIELLEMENT BROUILLE

187. **Enseignement public primaire et secondaire.** En tant que service public très investi par la République, l'école fait figure d'enceinte spécifique. Elle a constitué selon Jean Rivero sa porte d'entrée dans le droit français⁵³⁵. C'est donc assez naturellement au sein de l'école que des extensions du champ d'application de la laïcité sont venues brouiller la clarté des frontières établies.
188. **Le port de signes et vêtements religieux par les élèves à l'école** a marqué le début d'une évolution de la portée juridique de la laïcité. La loi du 15 mars 2004⁵³⁶ crée une exigence inédite du principe de laïcité, qu'il est difficile d'aborder comme l'extension de l'obligation de neutralité car elle n'implique pas à proprement parler la neutralité des élèves mais plutôt leur discrétion. En effet, concernant les agents du service public, la discrétion du signe ne le rend pas compatible avec l'obligation de neutralité mais peut tout au plus aboutir à la sanction moins lourde du manquement. La neutralité des personnels ne se limite d'ailleurs pas aux vêtements et symboles exprimant une appartenance religieuse, mais plus globalement à l'ensemble des modes d'expression, tandis que la discrétion exigée des

⁵³⁵ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, p. 137.

⁵³⁶ Loi du 15 mars 2004, n° 2004-228, *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.*

usagers du service public avec ce texte ne s'adresse qu'à l'un des modes d'expression des convictions : les symboles et vêtements, et seulement à ceux d'entre eux qui expriment ostensiblement une appartenance religieuse. La nouveauté incarnée par cette loi doit être soulignée. Alors que depuis un siècle la laïcité n'avait jamais trouvé d'implications directes à l'égard des personnes privées, la loi du 15 mars 2004 redessine nécessairement les contours du principe. Stéphanie Hennette-Vauchez y voit davantage : selon elle, ce texte a introduit l'idée que l'école est un **nouveau lieu conquis à la laïcité**, ce pourquoi des tentatives ont suivi pour étendre l'application de la loi aux accompagnateurs des sorties scolaires. Selon elle, bien que le juge administratif et le Conseil d'État dans un rapport aient jugés inapplicable la laïcité aux accompagnateurs de sorties scolaires, ce phénomène « *illustre le fait que la frontière, conquérante, est disputée* »⁵³⁷. Son article date de 2017, une jurisprudence ultérieure pourrait appuyer son intuition⁵³⁸.

189. **Les participants au service public.** Une autre catégorie de personne a suscité des réflexions autour de l'application des exigences de la laïcité dans le cadre du service public de l'éducation nationale : les parents accompagnateurs. Ni agents, ni même usagers du service public, ils apparaissent comme des tiers mais contribuent momentanément au déroulement de la mission de service public en accompagnant les sorties scolaires. Le Tribunal administratif de Montreuil a estimé en 2011⁵³⁹ qu'un règlement intérieur d'un collège pouvait interdire le port du voile islamique par les accompagnatrices

⁵³⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Les nouvelles frontières de la laïcité : la conquête de l'Ouest ? », *Revue du droit des religions*, 2017, n° 4, p. 19.

⁵³⁸ CAA Lyon, 23 juillet 2019, n° 17LY04351.

⁵³⁹ TA Montreuil, 22 novembre 2011, n°1012015, *Mme Sylvie Osman*.

en vertu du respect des principes de laïcité et de neutralité du service public, particulièrement importants concernant l'éducation nationale, car elles participent alors à la mission de service public. Le Défenseur des Droits a été saisi de la question de cette nouvelle catégorie des « *participants au service public* ». Pouvait-on les assimiler à la notion de collaborateur occasionnel utilisée dans le domaine de la responsabilité ? Le Conseil d'État a répondu par la négative : la théorie du collaborateur occasionnel n'a pas d'autre but que d'indemniser ces derniers en cas de dommage⁵⁴⁰. Existe-t-il une autre catégorie qui serait celle des participants au service public ? Là encore la réponse est négative : seules les exigences tenant à l'ordre public et au bon fonctionnement du service public peuvent fonder des restrictions à la liberté religieuse des parents d'élèves accompagnant les sorties⁵⁴¹. Le tribunal administratif de Nice⁵⁴² a rendu un jugement prenant le contrepied de celui du tribunal administratif de Montreuil : les accompagnatrices peuvent conserver leur voile islamique, des restrictions n'étant envisageables que dans le cadre de textes particuliers le prévoyant ou si des considérations tenant à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service public le justifient⁵⁴³. La solution a été en partie remise en question par une décision de la Cour administrative d'appel de Lyon⁵⁴⁴. Dans cette affaire, les deux requérantes contestent la décision

⁵⁴⁰ CE, 19 décembre 2013, Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013.

⁵⁴¹ H. PAULIAT, « La réponse du Conseil d'État au Défenseur des droits : il n'existe pas de « participants au service public » », *JCPA*, 13 janvier 2014, n° 1, p. 2005

⁵⁴² TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386, *Mme D.*

⁵⁴³ C. BRICE-DELAJOUX, « Du nouveau sur le front du statut des mères voilées accompagnatrices de sorties scolaires », *AJDA*, 2015, p. 1933.

⁵⁴⁴ CAA de Lyon du 23 juillet 2019, n° 17LY04351.

par laquelle la rectrice de l'académie a refusé de mettre fin à la pratique selon laquelle l'école Condorcet de Meyzieux exige que les parents d'élèves participant aux activités en classe arborent une tenue neutre. La Cour estime que la laïcité « *impose également que, quelle que soit la qualité en laquelle elles interviennent, les personnes qui, à l'intérieur des locaux scolaires, participent à des activités assimilables à celles des personnels enseignants, soient astreintes aux mêmes exigences de neutralité* ». La demande des requérantes est ainsi rejetée. Cette extension de l'exigence de neutralité est plus anecdotique dans la mesure où il s'agit d'une interprétation jurisprudentielle, donnée par une Cour administrative d'appel, et dont la postérité n'est pas garantie. Elle est toutefois surprenante car jusqu'alors le juge administratif ne s'est jamais risqué à étendre la portée des exigences de la laïcité sans texte législatif le permettant expressément. Elle contribue à ajouter un élément de complexité dans l'appréhension de la neutralité des parents d'élève : inapplicable lorsqu'ils accompagnent des sorties, exigible lorsqu'ils réalisent des activités assimilables à la fonction d'enseignement dans les locaux. Pourrait-elle l'être en dehors des locaux si les parents participaient à des activités assimilables à celles de l'enseignant ? Au contraire, lesquelles des activités auxquelles peut participer un parent d'élève dans l'établissement ne seront considérées comme des activités contribuant à la mission d'enseignement ?

190. **L'enseignement public supérieur** n'échappe pas aux polémiques tenant à la nécessité d'y élargir la portée des exigences de la laïcité mais échappe pour l'instant à leur consécration juridique. Une première interprétation a été donnée par le Conseil d'État dans une décision qui concernait les usagers du service public de l'enseignement supérieur. Il était question d'un arrêté du Doyen de la faculté des sciences

juridiques, politiques et sociales interdisant l'accès des femmes portant un foulard islamique aux locaux. Après avoir rappelé le caractère laïque de l'enseignement supérieur, le Conseil rappelle la liberté d'expression des usagers et sa limite :

« aux termes de l'article 50 de la même loi : « Les usagers du service public de l'enseignement supérieur sont les bénéficiaires des services d'enseignement, de recherche et de diffusion des connaissances et, notamment, les étudiants inscrits en vue de la préparation d'un diplôme ou d'un concours, les personnes bénéficiant de la formation continue et les auditeurs. Ils disposent de la liberté d'information et d'expression à l'égard des problèmes politiques, économiques, sociaux et culturels. Ils exercent cette liberté à titre individuel et collectif, dans des conditions qui ne portent pas atteinte aux activités d'enseignement et de recherche et qui ne troublent pas l'ordre public. » ; que, toutefois, cette liberté ne saurait permettre aux étudiants d'accomplir les actes qui, par leur caractère ostentatoire, constitueraient des actes de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et de recherche ou troubleraient le fonctionnement normal du service public »⁵⁴⁵.

Rien en l'espèce n'établissait que le Doyen n'ait pas pu maintenir l'ordre public dans l'établissement sans avoir recours à cette interdiction. Les arrêtés sont donc annulés.

⁵⁴⁵ CE, 27 juillet 1996, n° 170106, *Université de Lille II*.

191. Longtemps clair, le champ d'application de la laïcité apparaît dernièrement brouillé au sein de l'école publique. Ce phénomène exprime un retour dans le droit des éléments combattifs de la laïcité, mais quoiqu'il dise des contours philosophiques de la notion, il ne modifie ses contours juridiques que marginalement. Les exigences juridiques de la laïcité n'ont globalement pas été bâties comme devant s'appliquer extensivement, et ceci découle autant de leur champ d'application que de leur force normative.

CHAPITRE II

LA FORCE NORMATIVE DES NOTIONS

D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

192. La portée des notions d'ordre public et de laïcité doit enfin s'analyser par la force normative par laquelle elles se déploient. Cette force normative particulière est l'un des éléments de définition de l'ordre public. Camille Drouiller souligne que « *l'ordre public est le vecteur naturel de normativité des fondements du droit. Il est tout à fait légitime qu'il les protège en ce qu'il peut être défini comme étant l'ensemble des valeurs sociales essentielles qu'une communauté se donne à un moment donné, et qu'il bénéficie d'un arsenal juridique à même de faire prévaloir ces valeurs prépondérantes* »⁵⁴⁶. Elle précise que la normativité de l'ordre

⁵⁴⁶ C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, thèse dactylographiée, Pau, 2018, § 48.

public lui permet de régler un certain nombre de conflits de norme horizontaux en faisant primer l'exigence la plus importante. L'impérativité de l'ordre public (section première) distingue clairement sa force normative de celle de la laïcité, qui, en comparaison, apparaît comme étant relativement souple (section seconde).

SECTION PREMIERE. L'IMPERATIVITE DE L'ORDRE PUBLIC

193. Les mécanismes traduisant la normativité spécifique de l'ordre public sont assez divers et leur énumération rapide suffit à s'en apercevoir (I). Cette impérativité s'illustre notamment par l'effet qu'il peut exercer à l'égard de la laïcité en venant tempérer ou renforcer la portée de certaines de ses exigences (II).

I. UNE IMPERATIVITE INHERENTE A LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

194. **Un critère de définition de l'ordre public.** L'ordre public bénéficie d'une « *normativité spécifique* »⁵⁴⁷ tenant à son caractère impératif qui lui permet « *de s'imposer, en dépit, à la place ou à l'encontre d'une autre norme, volonté, principe ou règle qui, à défaut de l'exigence de l'ordre public considérée, se serait normalement imposée* »⁵⁴⁸. Ce critère spécifique est, selon Etienne Picard, ce qui permet de distinguer le contenu de l'ordre public des autres normes car elle lui permet de s'imposer en tout état de cause et de faire prévaloir les exigences essentielles de l'ordre juridique : « *ce qui importe à la fondamentalité c'est simplement de **prévaloir**, quel que soit le rang, dans la hiérarchie des normes qu'elle institue, de la règle grâce à laquelle elle prévaudra : si le rang le plus bas suffit à la faire prévaloir, elle s'en contentera... S'il*

⁵⁴⁷ E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, 2001, Nemesis : Bruylant, p. 53.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 54.

lui faut le plus élevé, elle se le donnera »⁵⁴⁹. En effet, les manifestations de l'ordre public sont invariablement marquées par cette portée normative spécifique. Il n'a pas vocation à orienter les comportements individuels, mais bien à contraindre.

195. **Limite la faculté d'agir.** Il donne le fondement des limites aux droits et libertés de manière générale et dans tous les domaines spécifiques : limite à la liberté contractuelle, à la liberté personnelle, à la liberté du commerce et de l'industrie... il forme une ligne rouge à laquelle nul ne peut déroger. Ceci est manifeste concernant la liberté de contracter, qu'il s'agisse des contrats privés⁵⁵⁰, ou des contrats publics⁵⁵¹. Il contraint autant la volonté individuelle que celle des États : l'article 53 de la Convention de Vienne dispose ainsi : « *Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* ». Selon Isabelle

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁵⁰ Art. 6 du Code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

⁵⁵¹ L. JANICOT, « Ordre public et contrat administratif », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, 2001, Nemesis : Bruylant, p. 61 : « *Il est vrai qu'en droit des contrats publics, tout ou presque est d'ordre public, qu'il s'agisse des règles relatives au contenu du contrat, de celles relatives aux conditions dans lesquelles le contrat est conclu ou encore de celles encadrant le choix du cocontractant de l'Administration* ».

Moulier, « *en reconnaissant ainsi la primauté absolue de certaines règles fondamentales dont le respect, considéré comme essentiel à la survie de la société internationale, s'impose aux États au-delà de leurs intérêts individuels, et dont la violation justifie soit une invalidation de l'acte contraire à la norme, soit une réaction collective de la communauté internationale, les notions de jus cogens, de violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général et les obligations erga omnes manifestent à l'évidence l'existence d'une « logique d'ordre public dans l'ordre juridique international »* »⁵⁵². Cette limite à l'autonomie de la volonté résulte également de l'ordre public au sens de la CEDH. Dans l'arrêt *Bosphorus*, par exemple, la Cour a estimé à propos de la présomption selon laquelle la mise en œuvre du droit de l'Union européenne offre une protection des droits de l'Homme équivalente à celle de la Convention : « *Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale* »⁵⁵³. Comme le souligne le Professeur Sudre : « *l'ordre public européen heurte de plein fouet le principe de l'autonomie de la volonté et fait échec aux règles classiques du droit*

⁵⁵² I. MOULIER, « L'ordre public international » *in* C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont D), Cujas, 2013, p. 89, citant P.-M. DUPUY.

⁵⁵³ CEDH, 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande*, §156.

international général pour tendre à la pleine soumission de l'État partie au mécanisme conventionnel de contrôle »⁵⁵⁴.

196. **Obligation d'agir.** Et parce qu'une obligation est une interdiction inversée, l'ordre public se manifeste également comme cela. Le « moyen d'ordre public » désigne un moyen qui peut -ou doit, concernant le juge administratif- être relevé d'office par le juge même si les parties n'en font pas état. Alors que le procès est normalement la chose des parties, le juge exerce ici une compétence qui contrarie ce principe⁵⁵⁵. Il oblige l'autorité de police à agir pour assurer la protection de l'ordre public dans la mesure où sa responsabilité pourra être engagée si elle ne le fait pas⁵⁵⁶.

197. **Neutralisation des autres normes.** Enfin, c'est dans la confrontation entre normes que l'ordre public manifeste sa normativité spécifique : il a la faculté de neutraliser l'application de normes lui étant contraires. C'est

⁵⁵⁴ F. SUDRE, « L'ordre public européen » in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, 2001, Nemesis : Bruylant, p. 123.

⁵⁵⁵ P. MINNE, « Les moyens d'ordre public », 2013, *Jurisclasseur procédures fiscales*, fasc. 485 : « Qu'il s'agisse de la procédure civile ou de la procédure contentieuse administrative, le procès est en principe "la chose des parties", aussi bien en ce qu'il concerne les conclusions présentées que les moyens et exceptions soulevés. Ce principe directeur du procès, auquel le contentieux fiscal n'échappe pas, doit être concilié avec un autre principe, non moins fondamental, selon lequel le juge est le garant de l'application de la règle de droit. Le moyen d'ordre public, entendu comme une question d'une importance telle qu'elle doit être relevée d'office par le juge même si les parties n'en font pas état, illustre le rôle du juge entendu comme représentant de la loi et pas seulement comme l'arbitre passif d'un différend ».

⁵⁵⁶ CE, 23 juin 1916, *Thévenet, Rec.*, p. 244.

particulièrement le cas dans l'articulation des normes nationales et des normes étrangères ou internationales. Les « exceptions d'ordre public » relèvent du droit international privé et permettent, dans le cadre d'un contentieux, l'éviction de la règle de droit étranger censée être appliquée, dans la mesure où elle porte atteinte à un principe relevant de l'ordre public de l'État compétent. Les « réserves d'ordre public » sont prévues par la plupart des conventions internationales. La CESDH prévoit ainsi dans plusieurs articles la possibilité pour les États de déroger à la Convention dans la mesure où cela est « *nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* »⁵⁵⁷. Le TFUE prévoit la possibilité d'émettre des réserves concernant le principe de libre circulation : « *Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique : (...)* »⁵⁵⁸. Le Pacte International sur les Droits Civils

⁵⁵⁷ CESDH, art. 8§2. Des dispositions similaires sont présentes aux articles 9§2, 10§2 et 11§2.

⁵⁵⁸ TFUE, art. 45 (ex-article 39 TCE) : « *1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union.*

2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique :

a) de répondre à des emplois effectivement offerts,

b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres,

c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux,

et Politiques prévoit également de telles réserves, par exemple à l'article 12 à propos de la liberté d'aller et venir : « *Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte* », formulation présente aussi aux articles 19, 21 et 22⁵⁵⁹.

198. A travers l'ensemble de ces mécanismes, l'ordre public exprime l'existence « *d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger* »⁵⁶⁰. Ce faisant, il produit également des effets à l'égard des exigences de la laïcité.

II. UNE IMPERATIVITE CONTRAIGNANTE A L'EGARD DES EXIGENCES DE LA LAÏCITE

199. Certains des assouplissements ou exceptions aux exigences de la laïcité sont directement le résultat de la protection des exigences de l'ordre public, de sorte que la différence de normativité des notions installe une sorte de hiérarchie entre les deux : les exigences de la laïcité ne valent que dans la mesure où leur mise en œuvre ne heurte pas l'ordre public.

d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi.

4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. »

⁵⁵⁹ Qui concernent respectivement la liberté d'expression, la liberté de réunion et la liberté d'association.

⁵⁶⁰ G. DRAGO, « L'ordre public et la Constitution », *in* R. SEVE (dir.), *L'ordre public*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 58, 2015, p. 200.

D'une certaine manière ce postulat découle de l'article premier de la loi du 9 décembre 1905 selon lequel la République « *garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». Cette affirmation se conçoit comme une condition : la laïcité ne peut se comprendre que par la protection de l'ordre public. Il en constitue une finalité puisque la laïcité française est un facteur d'ordre et de paix sociale⁵⁶¹, et la limite puisqu'en toute hypothèse il fera primer les exigences essentielles de l'ordre juridique.

200. **Certaines des exceptions au principe de non-financement des cultes** sont fondées sur la protection des exigences de l'ordre public. Il en va ainsi de l'obligation d'entretien des édifices du culte qui sont la propriété de personnes publiques qui peut à la fois s'analyser comme assurant la protection de la sécurité des édifices, mais plus largement comme la protection d'un ordre public culturel, particulièrement dans la mesure où elle a été étendue pour des raisons liées à la préservation du patrimoine culturel. Selon Sylvie Hubac, « *il est enfin possible de voir dans les protections spéciales qui entourent les biens culturels d'une nation considérés comme fondateurs de son identité et de son unité ou exprimant l'universalité du message artistique, une troisième composante de l'ordre public*

⁵⁶¹ L'histoire religieuse française, conflictuelle, ainsi que la recherche d'un véritable compromis dans l'application de la loi de séparation des églises et de l'État en attestent. Selon E. POULAT, « *les guerres entre catholiques et protestants du même pays obligent à conclure que la paix civile est une affaire trop sérieuse pour être abandonnée aux religions. Ainsi en arrive-t-on à une source capitale de la laïcité, trop souvent méconnue : la pacification des esprits par le droit, et non seulement ou simplement - quatrième définition- l'émancipation des esprits par la raison* » : *Scruter la loi de 1905, la République française et la religion*, Fayard, 2010, pp. 253-254.

culturel. Sont à ce titre protégés des objets et des monuments témoignages de l'histoire d'un pays et d'un peuple »⁵⁶². L'obligation d'entretien et de réparation par l'administration des édifices cultuels a été prévue à l'article 13 de la loi de séparation des églises et de l'État⁵⁶³. Elle constitue probablement l'exception la plus remarquable au principe de non-subsidation des cultes. Elle a été progressivement étendue par voie législative et prétorienne. Depuis la loi du 25 décembre 1942⁵⁶⁴ qui modifie l'article 19, l'administration peut également subventionner les réparations des édifices protégés au titre des monuments historiques appartenant à des associations cultuelles. Enfin, les départements, en vertu de leur mission de protection du patrimoine rural non protégé disposent de crédits qui leur permettent de financer l'entretien et la conservation d'édifices présentant un intérêt historique, quand bien même il s'agit d'édifices cultuels⁵⁶⁵. La notion d'édifice est interprétée assez extensivement par le juge administratif, qui considère notamment les statues et croix édifiées avant 1905 comme des édifices cultuels⁵⁶⁶ dont l'entretien et la conservation peuvent donc être financés par l'administration dans les conditions qui viennent d'être énoncées. Le juge administratif a également donné une interprétation extensive de la notion d'entretien et de

⁵⁶² S. HUBAC « L'ordre public culturel » in R. SEVE (dir.), *L'ordre public*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 58, 2015, p. 71.

⁵⁶³ Le dernier alinéa de l'article dispose que « *L'État, les départements, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont la propriété leur est reconnue par la présente loi* ».

⁵⁶⁴ Loi du 25 décembre 1942 modifiant l'art. 19 (paragr. 4 et 6) de la loi du 9 décembre 1905, *JORF*, 2 janvier 1943, p.17.

⁵⁶⁵ Loi du 13 août 2004, n° 2004-809, relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF*, 17 août 2004, p. 14545.

⁵⁶⁶ CE, 12 janvier 1912, *Commune de Montot*, *Rec.* p. 36.

réparation, estimant par exemple que les dépenses de chauffage de l'édifice pouvaient se rattacher à son entretien si elles s'avéraient nécessaire à sa conservation en bon état⁵⁶⁷. Compte-tenu de l'incorporation massive de lieux de culte, majoritairement catholiques, au patrimoine de l'État et des communes, l'entretien et la réparation des édifices constitue une charge financière très importante qui relativise grandement la neutralité financière de l'administration.

201. **Tempéraments à l'exigence de neutralité.** Plus largement l'ordre public « culturel » se ressent dans les règles qui encadrent les pratiques religieuses dans l'espace public. Il en va ainsi de la dispense de déclaration préalable concernant les manifestations religieuses traditionnelles sur la voie publique⁵⁶⁸, de la possibilité réservée aux sonneries de cloches conformes aux usages locaux de retentir⁵⁶⁹, ou encore des exceptions ménagées par le législateur à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public⁵⁷⁰. Celles-ci constituent, d'une certaine manière, un tempérament à l'exigence de neutralité puisqu'en découlent un régime plus souple et une liberté plus grande à l'égard des religions historiquement installées en France.

⁵⁶⁷ CE, 24 décembre 1926, *Sieur Empereur*, *Rec.*, p. 1138. Il a également jugé que la construction d'un nouvel édifice était possible tant que les sommes allouées ne dépassent pas celles qui auraient été nécessaires à la réparation de l'ancien édifice : CE, 21 juillet 1939, *Sieur Bordier et autres*, *Rec.*, p. 932.

⁵⁶⁸ *Cf. infra* § 268 s.

⁵⁶⁹ *Cf. supra* § 173.

⁵⁷⁰ *Cf. infra* § 333 s.

SECTION SECONDE. LA SOUPLESSE DE LA LAÏCITE

202. La laïcité ne se manifeste pas dans l'ordre juridique avec la même force normative que l'ordre public. Ses exigences sont appliquées d'une manière inégalement rigoureuse (I) et elle se manifeste aussi de plus en plus par des instruments de droit souple (II).

I. L'APPLICATION INEGALEMENT RIGOUREUSE DES EXIGENCES DE LA LAÏCITE

203. Les exigences de la laïcité s'appliquent avec une inégale rigidité. Si l'obligation de neutralité est celle qui a les conséquences normatives les plus importantes (A), les exigences découlant de la loi de 1905 font l'objet d'assouplissements nombreux (B).

A. LA MISE EN CEUVRE RIGOUREUSE DU DEVOIR DE NEUTRALITE

204. Le devoir de neutralité des agents du service public et personnes assimilées représente l'exigence de la laïcité qui s'applique avec le plus de rigueur. Il interdit toute forme d'extériorisation des convictions religieuses dans le cadre du service⁵⁷¹. La tenue vestimentaire des agents doit être dépourvue de tout signe ou symbole religieux. Le Conseil d'État a indiqué que le degré d'ostentation du signe ne pouvait servir qu'à apprécier la gravité du manquement à l'obligation

⁵⁷¹ CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux* : « le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils (les agents) disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses ».

de neutralité et la sanction disciplinaire afférente⁵⁷². La Cour administrative d'appel de Lyon a précisé que cette appréciation dépendait également de la nature des activités exercées :

« le fait, pour un agent public, quelles que soient ses fonctions, de manifester dans l'exercice de ces dernières ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations professionnelles et donc une faute ; que pour apprécier l'importance de cette faute (...) il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et, entre autres, de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, de la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique soit de fonctions de représentation »⁵⁷³.

205. Ceci vaut pour les signes religieux « par nature » et pour les signes, accessoires et autres choix stylistiques qui, « par destination »⁵⁷⁴, manifestent une appartenance religieuse.

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ CAA Lyon, 27 novembre 2003, n° 03LY01392, *Mlle Ben Abdallah*.

⁵⁷⁴ La notion de signe religieux par destination semble résulter de la loi du 15 mars 2004 sur la laïcité à l'école, et, notamment, de la circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la 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 qui l'a suivie dont le 2.1 rappelle que « Les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique, quel que soit le nom qu'on lui donne, la kippa ou une croix de dimension manifestement excessive. La loi est rédigée de manière à pouvoir s'appliquer à toutes les religions et de

Ainsi, le port d'une barbe « *particulièrement imposante* » par le stagiaire d'un hôpital public a pu dans un premier temps être considéré comme manifestant un « *engagement religieux* » de la part de celui-ci « *alors même que le port de sa barbe ne s'est accompagné d'aucun acte de prosélytisme ni d'observations des usagers du service* », ceci justifiant la résiliation de la convention de stage qui le liait à l'établissement⁵⁷⁵. Le Conseil d'État a toutefois annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles, n'excluant pas la possibilité qu'un tel choix stylistique puisse exprimer une appartenance religieuse et être contraire à l'obligation de neutralité, mais jugeant qu'en l'espèce la Cour n'avait pas établi la présence d'éléments suffisants pour aboutir à cette conclusion :

« la cour administrative d'appel s'est fondée sur ce que, alors même que la barbe qu'il portait ne pouvait, malgré sa taille, être regardée comme étant par elle-même un signe d'appartenance religieuse, il avait refusé de la tailler et n'avait pas nié que son apparence physique pouvait être perçue comme un signe d'appartenance religieuse. En se fondant sur ces seuls éléments, par eux-mêmes insuffisants pour caractériser la manifestation de convictions religieuses dans le cadre du service public, sans retenir aucune autre circonstance susceptible

manière à répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi. La loi ne remet pas en cause le droit des élèves de porter des signes religieux discrets. Elle n'interdit pas les accessoires et les tenues qui sont portés communément par des élèves en dehors de toute signification religieuse. En revanche, la loi interdit à un élève de se prévaloir du caractère religieux qu'il y attacherait, par exemple, pour refuser de se conformer aux règles applicables à la tenue des élèves dans l'établissement ».

⁵⁷⁵ CAA Versailles, 19 décembre 2017, n°15VE3582.

d'établir que M. A. aurait manifesté de telles convictions dans l'exercice de ses fonctions, la cour a entaché son arrêt d'erreur de droit »⁵⁷⁶.

On comprend la prudence du Conseil d'État qui ne peut pas se contenter de la perception qu'on peut avoir d'un signe religieux « par destination » pour le qualifier comme tel. Le risque serait alors que cette qualification repose sur des éléments contestables.

206. D'autres exemples montrent que des signes religieux « par destination » peuvent être qualifiés comme tels et aboutir à des sanctions pour manquement à l'obligation de neutralité. Il en va ainsi du port d'un bandana par une assistante maternelle⁵⁷⁷, encore d'un agent hospitalier qui portait une charlotte destinée au bloc opératoire en dehors du bloc après qu'on lui eut demandé de ne plus porter le voile islamique dans le cadre de ses fonctions⁵⁷⁸. Cette question des signes religieux par destination pose deux difficultés. L'une, directement liée à la lecture du principe de laïcité en ce qu'elle rend l'exigence de neutralité plus difficile à comprendre et ouvre la voie pour le

⁵⁷⁶ CE, 12 février 2020, n° 418299.

⁵⁷⁷ CAA Versailles, 6 octobre 2011, n° 09VE02048 « *Le fait pour un agent public, quelles que soient ses fonctions, de manifester dans l'exercice de ces dernières ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations professionnelles et donc une faute (...) M^{me} ABDERAHIM ne conteste pas avoir porté depuis l'année 2000 un voile puis un bandana destinés à marquer manifestement son appartenance à une religion (...)* ».

⁵⁷⁸ TA Cergy Pontoise, 12 décembre 2008, n° 054004, *Najatt Kaddouri*, évoqué par J.-M. WOEHLING, « Qu'est-ce qu'un signe religieux ? », *Société, droit et religion*, 2012, n°2, p. 9.

juge à des appréciations casuistiques sans fin. L'autre porte sur le risque de discrimination inhérent à de telles appréciations.

B. LA MISE EN ŒUVRE SOUPLE DES EXIGENCES RESULTANT DE LA LOI DU 9 DECEMBRE 1905

207. La loi du 9 décembre 1905 pose une triple exigence : non-reconnaissance, non-salariat et non-subventionnement des cultes. Toutes ces exigences font l'objet d'un certain nombre d'assouplissements ou d'exceptions, qu'ils résultent de la loi ou de la jurisprudence.

1. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE NON-RECONNAISSANCE

208. Posé à l'article 2 de la loi de séparation des églises et de l'État, le principe de non-reconnaissance des cultes n'est probablement pas celui qui souffre le plus d'exceptions, sauf à considérer l'acte de reconnaissance indirect qu'est la reconnaissance du caractère cultuel d'une association. C'est davantage dans le cadre de la déclinaison spécifique que constitue l'article 28 de la loi interdisant d'élever ou d'apposer des signes et emblèmes religieux dans les monuments et emplacements publics que des exceptions ont été dégagées. Certaines d'entre elles résultent de l'article directement, il s'agit « *des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions* ».

209. **Concernant les édifices culturels**, ceux qui étaient la propriété de l'État ou des collectivités avant 1905 le sont restés. Tous ceux construits à partir de cette date appartiennent aux

personnes privées qui les ont financés -puisque l'État ne subventionne plus les cultes. La question de la propriété des biens et édifices qui relevaient des établissements publics du culte est prévue à l'article 4 de la loi de 1905 : ils seront transférés aux associations qui se seront constituées en vertu de l'article 19 de la même loi, c'est à dire les associations cultuelles. Pour les cultes protestants et israélites, la constitution de ces associations et le transfert en leur faveur des biens et édifices s'est fait sans encombre. L'église catholique a, pour sa part, refusé de constituer les associations cultuelles prévues qui ne correspondaient pas à son mode d'organisation. La situation n'a trouvé une solution qu'avec la loi du 2 janvier 1907 qui prévoit que les édifices catholiques en question deviennent propriété publique tout en étant mis à disposition du culte catholique. Ces édifices religieux, quand bien même leur propriété est publique, sont grevés « *d'une servitude d'affectation cultuelle* »⁵⁷⁹ perpétuelle puisqu'elle perdure jusqu'à désaffectation du lieu. Cette affectation particulière explique qu'il soit permis d'y apposer des signes, symboles et emblèmes religieux, à condition que ce ne soit pas la personne publique propriétaire qui les finance.

210. **Les cimetières et monuments funéraires.** L'exception concernant les cimetières et monuments funéraires repose sur le fait qu'il s'agit de lieux relevant de concessions privées ou de lieux dédiés au recueillement. Bien qu'appartenant au domaine public, leur vocation est de permettre d'honorer les morts et pour beaucoup d'individus ceci passe par des pratiques et symboles cultuels. La distinction a donc clairement été établie entre les concessions et monuments où

⁵⁷⁹ S. GUÉRARD, « La liberté religieuse dans les lieux publics », *CRDF*, 2005, n° 4, pp. 49-70.

la liberté religieuse est la règle et les espaces communs où la neutralité doit être appliquée⁵⁸⁰.

211. **Pour les musées et expositions**, c'est l'intérêt culturel et artistique des œuvres d'art qui justifie leur présence dans des bâtiments publics alors même qu'elles présentent le caractère d'emblèmes religieux. Le but de ces lieux n'étant pas l'expression d'une préférence religieuse, mais d'un intérêt pour le patrimoine culturel. Cette exception n'a pas posé de difficultés majeures au sein des musées. Elle en a en revanche posé lorsque des « expositions » sont réalisées dans des lieux dont ce n'est pas la destination première. Le juge administratif a ainsi estimé que si un crucifix ne peut pas être accroché au mur de la salle du conseil municipal, il peut en revanche être exposé dans une vitrine au sein de la mairie, avec d'autres objets faisant partie du patrimoine historique de la mairie, car il ne revêt alors pas le caractère d'un emblème religieux :

« Considérant que les dispositions législatives précitées ne font pas obstacle à ce qu'un objet de culte puisse être conservé, au titre du patrimoine historique d'une commune dans une vitrine d'exposition comportant divers objets dénués de connotation religieuse ; que la circonstance que cette vitrine soit placée à l'intérieur d'une salle ouverte au public ne porte pas atteinte à ces dispositions, dès lors que le crucifix ne peut alors être regardé comme un emblème religieux apposé dans un emplacement public au sens de la loi du 9 décembre 1905 »⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Cf. *supra* § 175.

⁵⁸¹ CAA Nantes, 12 avril 2001, n° 0NT01993, *Guillourel*.

212. L'interprétation des exceptions prévues par l'article 28 ne pose pas de difficultés majeures. C'est davantage le fait que l'interdiction porte sur des symboles ou emblèmes **religieux** qui a suscité des difficultés délicates à résoudre dans le cadre d'objets ayant des sens ambiguës ou multiples, à la fois cultuels et culturels.
213. **Symboles et emblèmes cultuels et culturels.** L'appréciation délicate de la distinction entre ce qui relève de la culture et ce qui relève du culte a notamment été opérée à propos de l'édification de statues dans l'espace public. Le Conseil d'État a, en 1988, estimé que l'édification d'une statue représentant le cardinal Liénart ne violait pas l'article 28 de la loi de 1905 compte tenu du rôle important joué par cette personne pour la ville de Lille⁵⁸². Cette solution a été appliquée plus récemment concernant l'édification d'une statue de Jean-Paul II sur une place publique par la commune de Ploërmel. Le juge administratif a confirmé la possibilité d'édifier une telle statue, qui « *ne méconnaîtrait pas, par elle-même* » la loi de 1905. En revanche le fait que la statue soit entourée d'une arche surplombée d'une croix chrétienne fait que l'ouvrage méconnaît l'article 28 loi de 1905⁵⁸³. Le juge administratif a opéré une distinction subtile entre la représentation de personnes, qui, quand bien même elles ont un lien évident avec une religion, n'en ont pas moins joué un rôle plus large dans la société française ; et les symboles purement religieux qui ne renvoient pas à une dimension culturelle ou historique autonome.

⁵⁸² CE, 25 novembre 1988, n° 65932, *Dubois*.

⁵⁸³ TA Rennes, 30 avril 2015, n°1203099, 1204355, 1204356.

214. Dans ce cadre un objet a suscité plus de contentieux que tous les autres : il s'agit des crèches de la nativité installées à l'occasion des fêtes de Noël. Elles ont été, dans de très nombreux contentieux, révélatrices des difficultés inhérentes à l'interprétation de pratiques qui sont à la fois cultuelles et culturelles. En effet, à l'origine Noël célèbre la naissance de Jésus Christ, mais pour beaucoup de personnes aujourd'hui il s'agit d'une fête traditionnelle et familiale dépourvue de connotation religieuse.

Certains maires ont ainsi souhaité installer des crèches dans des lieux publics. De telles installations ont donné lieu à plusieurs reprises à des contentieux. En effet le Tribunal administratif d'Amiens a jugé en 2010 qu'une crèche installée sur une place publique avait le caractère d'« *un emblème religieux de la religion chrétienne* » et méconnaissait l'article 28 de la loi de 1905⁵⁸⁴. Position réitérée par le tribunal administratif de Nantes en 2014 concernant une crèche installée dans le hall de l'hôtel du département de la Vendée « *dont la symbolique dépasse la simple représentation traditionnelle familiale et populaire de cette période de fête* »⁵⁸⁵. Ce dernier jugement a été annulé par la Cour administrative d'appel de Nantes qui, de son côté, a estimé que « *compte tenu de sa faible taille, de sa situation non ostentatoire et de l'absence de tout autre élément religieux, elle s'inscrit dans le cadre d'une tradition relative à la préparation de la fête familiale de Noël et ne revêt pas la nature d'un « signe ou emblème religieux » ; que, par suite, elle n'entre pas dans le champ de l'interdiction posée par l'article 28 de la loi du 9*

⁵⁸⁴ TA Amiens, 30 novembre 2011, n° 0803521, *AJDA*, 2011, p. 471

⁵⁸⁵ TA Nantes, 14 novembre 2014, n° 1211647, *Fédération de Vendée de la libre pensée*.

décembre 1905, alors même qu'elle ne se rattache pas à un particularisme local, et ne méconnaît ni les dispositions de cet article ni les principes de liberté de conscience et de neutralité du service public »⁵⁸⁶.

Le tribunal administratif de Melun a, de son côté, estimé que « *la fête chrétienne de la nativité, dans une société largement sécularisée, (...) a perdu ce caractère religieux pour devenir une fête traditionnelle familiale* »⁵⁸⁷. Par conséquent, la crèche installée temporairement en dehors d'un lieu de culte est une décoration traditionnelle au même titre que le sapin ou les illuminations et ne constitue pas un emblème religieux prohibé par l'article 28 dans la mesure où elle ne crée aucune discrimination entre les citoyens. Ce jugement a également été annulé par la Cour administrative d'appel de Paris qui a estimé que « *contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, une crèche de Noël, dont l'objet est de représenter la naissance de Jésus, installée au moment où les chrétiens célèbrent cette naissance, doit être regardée comme ayant le caractère d'un emblème religieux au sens des dispositions précitées de l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 et non comme une simple décoration traditionnelle ; que, par suite, son installation dans l'enceinte d'un bâtiment public est contraire à ces dispositions ainsi qu'au principe de neutralité des services publics* »⁵⁸⁸. D'autres décisions sont intervenues, mais le manque de lisibilité des solutions apportées est demeuré. Le tribunal administratif d'Amiens a estimé en 2015 que l'installation d'une crèche sur une place publique, près du

⁵⁸⁶ CAA NANTES, 13 octobre 2015, n° 14NT03400.

⁵⁸⁷ TA Melun, 22 décembre 2014, n°1300483, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*.

⁵⁸⁸ CAA Paris, 08 octobre 2015, n°15PA00814.

chalet du Père Noël et « *hors de tout contexte religieux et de manière non ostentatoire* » ne revêt pas le caractère d'un emblème religieux mais celui d'une décoration festive qui ne crée pas de discrimination entre les citoyens⁵⁸⁹. Une solution similaire a été également adoptée par le tribunal administratif de Montpellier peu de temps après. Tout en admettant qu'elle a « *une signification religieuse* », le tribunal estime que la crèche installée dans l'hôtel de ville de Béziers s'insère « *dans le cadre d'animations culturelles organisées à l'occasion des fêtes de Noël dans le cœur de ville, sans qu'aucun élément du dossier ne vienne révéler une intention différente et/ou la manifestation d'une préférence pour les personnes de confession chrétienne, au détriment du reste de la population* » et ne revêt ainsi pas « *le caractère d'une présentation revendiquée de symboles de la religion chrétienne* »⁵⁹⁰. L'ambivalence des célébrations de Noël n'est certainement pas étrangère au caractère délicat des solutions à apporter. Toujours est-il que les décisions favorables à de telles crèches peuvent manquer de cohérence avec les solutions retenues en matière de symboles religieux et qui sont issues des exceptions énoncées par l'article 28. Ainsi que le souligne le professeur Touzeil-Divina « *Une représentation christique, nous dit-on, serait désormais sans lien avec le christianisme parce que le juge de Melun considère que pour la société française il en est ainsi ! Mais qui est donc ce juge sociologue qui qualifie et juge en faits et non en droit ce qu'est ou devrait-être une crèche de la nativité ou ce qu'elle est devenue ? (...) les juges de Melun semblent vouloir réécrire la loi en posant une nouvelle exception supplémentaire : celle*

⁵⁸⁹ TA Amiens, 17 février 2015, n°1300269, *Fédération de la libre pensée de l'Oise*

⁵⁹⁰ TA Montpellier, 16 juillet 2015, n°1405625, *AJDA*, 2015, p. 1446

d'un symbole religieux qui aurait perdu pour la société son caractère religieux (...) »⁵⁹¹. On note que le juge administratif dans ces décisions s'est essentiellement fondé sur l'effet de tels symboles : entraînent-ils une discrimination fondée sur les croyances des administrés ? Leur caractère temporaire et relativement discret a, dans les cas précités, fait pencher la balance du côté du non, quand bien même il n'est pas contesté qu'ils revêtent une dimension religieuse. Une telle exception n'était effectivement pas prévue par l'article 28 de la loi de 1905 et sa filiation avec les solutions précédemment retenues est difficile à identifier. Elle paraît aussi incohérente avec les solutions appliquées aux agents du service public pour lesquels l'obligation de neutralité est absolue et ne dépend pas du contact de ceux-ci avec le public ni du caractère ostentatoire du signe porté⁵⁹². Les décisions rendues par les Cours administratives d'appel de Nantes et de Paris ont finalement fait l'objet d'un appel devant le Conseil d'État qui s'est prononcé par deux arrêts du 9 novembre 2016⁵⁹³ dans lesquels il a donné un *modus operandi* permettant de déterminer si l'installation d'une crèche de la nativité par une personne publique est compatible ou non avec l'article 28 de la loi de 1905.

215. Il a d'abord rappelé la pluralité de signification des crèches de Noël : « *Une crèche de Noël est une représentation susceptible de revêtir une pluralité de significations. Il s'agit en*

⁵⁹¹ M. TOUZEIL-DIVINA, « Trois sermons (contentieux) pour le jour de Noël. La crèche de la nativité symbole désacralisé : du cultuel au culturel ? », *JCPA*, 2015, n° 23, p. 2174.

⁵⁹² *Cf. supra* § 204 s.

⁵⁹³ CE, 9 novembre 2016, n°395122, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne* ; et n°395223, *Fédération de la Libre pensée de Vendée*.

effet d'une scène qui fait partie de l'iconographie chrétienne et qui, par-là, présente un caractère religieux. Mais il s'agit aussi d'un élément faisant partie des décorations et illustrations qui accompagnent traditionnellement, sans signification religieuse particulière, les fêtes de fin d'année ». Étant ainsi entre-autre un symbole religieux, la crèche de la nativité relève de l'article 28 de la loi de 1905 qui 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* ». Toutefois il opère un glissement lorsqu'il ajoute que ces dispositions s'entendent « *d'un signe ou emblème manifestant la reconnaissance d'un culte ou marquant une préférence religieuse* ». Ce faisant, il modifie les contours de l'article 28. La loi de 1905 ne précise pas le rôle joué par l'intention de la personne qui élève ou appose le symbole. Il suffit que celui-ci soit religieux pour qu'il rentre dans le cadre de l'article 28. Ici le juge ajoute que cet article ne concerne que les signes ou emblèmes apposés ou élevés avec une intention particulière de l'administration, à savoir reconnaître ou marquer sa préférence pour un culte. Cette appréciation semble signifier que l'utilisation d'un signe religieux à des fins totalement étrangères à la religion n'entrerait tout simplement pas dans le champ de l'interdiction posée par l'article 28. Pour apprécier l'intention de l'administration, le Conseil d'État estime que le juge doit tenir compte « *du contexte, qui doit être dépourvu de tout élément de prosélytisme, des conditions particulières de cette installation, de l'existence ou de l'absence d'usages locaux, mais aussi du lieu de cette installation* ». Toutefois, cette appréciation doit-être différente selon que l'installation est réalisée dans un bâtiment public siège d'une collectivité

publique ou d'un service public, ou dans un emplacement public.

Dans le premier cas, il faut que des circonstances particulières justifient du caractère culturel, artistique ou festif de l'installation pour que celle-ci soit compatible avec le principe de neutralité. Ainsi, l'absence d'intention de reconnaître ou de préférer un culte ne suffit pas lorsqu'il s'agit d'apposer un signe ou emblème religieux dans un bâtiment public siège d'une collectivité ou d'un service public. Il faut encore que cette apposition relève d'un intérêt culturel, artistique ou festif. L'intérêt artistique peut renvoyer à l'exception posée par l'article 28 et qui concerne les expositions. Il en va ainsi, « *si la crèche que l'on souhaite placer dans un lieu public est une pièce de collection, d'intérêt historique majeur, qui pourrait, du coup, être placée sous vitrine et considérée comme une exposition* »⁵⁹⁴. En revanche, les intérêts culturels ou festifs suscitent davantage d'interrogations. Il est difficile de distinguer réellement l'intérêt culturel de l'intérêt artistique, sauf à le ramener à la notion « d'usages locaux » utilisée par le juge administratif pour dispenser de déclaration préalable les manifestations religieuses sur la voie publique répondant à cette condition. On doit néanmoins souligner qu'il s'agissait alors d'une simple question de formalité qui entraînait des facilités administratives pour certaines manifestations religieuses mais ne donnait pas à celles-ci un droit d'accès à l'espace public que d'autres n'auraient pas. Ici, c'est bien une exception supplémentaire que le juge ajoute à l'interdiction prévue par l'article 28, sauf à considérer que l'intérêt culturel se confond avec l'intérêt artistique, ce que ne semble pas

⁵⁹⁴ H. PAULIAT, « Crèches et bâtiments publics : la discorde », *JCPA*, 2015, n° 49, act. 1002.

indiquer la suite de la décision qui se réfère directement à l'« *usage local* » pouvant justifier l'installation d'une crèche dans un bâtiment public. Quant à l'intérêt festif, il est difficile de savoir à quoi le raccrocher. L'organisation d'une manifestation festive dans un bâtiment public, comme un marché de Noël ou un rassemblement quelconque à l'initiative de l'administration pourrait-elle justifier cette exception ? Le juge fournit en tout état de cause une exception allant au-delà des prévisions de l'article 28.

Dans le second cas, il suffit que l'installation de la crèche dans l'espace public ne traduise pas un acte de prosélytisme ou la revendication d'une appartenance religieuse par l'administration pour que celle-ci soit compatible avec le principe de neutralité. Peu importe que cela relève d'un intérêt artistique, culturel ou festif⁵⁹⁵. Comment apprécier si l'installation d'une crèche constitue un acte de prosélytisme ou de revendication ? On imagine que le juge pourrait dans ce cas opérer un raisonnement similaire à celui suivi par le juge américain et qui consiste à s'interroger sur le « message d'adhésion » qui pourrait ou non être perçu par les administrés⁵⁹⁶. Ainsi que le soulignait Thomas Hochmann à propos de la décision du TA de Montpellier -un constat qui peut être également fait à propos des décisions du Conseil d'État- : « *Le problème est que (...) le droit français n'organise pas un régime semblable à celui que la Cour suprême a déduit du premier amendement. Il ne se limite pas à défendre aux*

⁵⁹⁵ Encore que l'on peine à voir quelle serait la finalité de l'installation d'une crèche qui ne serait ni artistique, ni culturelle, ni festive.

⁵⁹⁶ T. HOCHMANN, « Le Christ, le Père Noël et la laïcité, en France et aux États-Unis », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 53, p. 53.

autorités publiques de donner l'impression de favoriser une religion. L'article 28 de la loi du 9 décembre 1905 interdit beaucoup plus largement « d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit ». Le contexte semble donc indifférent : toute installation par la personne publique d'un symbole religieux contrevient à cette disposition, peu importe s'il ne semble pas traduire une adhésion à la foi »⁵⁹⁷.

216. Le Conseil d'État, en indiquant un *modus operandi* qui n'est pas prévu par la loi de 1905 concernant l'installation des crèches de la nativité dans l'espace public, ne fait rien d'autre qu'en modifier le sens. Alors que les questionnements étaient jusque-là axés sur le fait de savoir si une crèche était ou non un symbole religieux, la réponse du Conseil d'État est claire : c'est un symbole religieux, mais pas seulement et parfois dépourvu de connotation religieuse. Cette dernière affirmation a pu susciter des critiques, à l'instar de celle formulée par Serge Slama : *« ce caractère religieux n'est ignoré par personne. Même si dans nos sociétés sécularisées la crèche de Noël constitue aussi un élément de décoration traditionnel, même s'il existe une tradition des santons dans le sud de la France ou d'exposition de crèches dans les marchés de Noël alsaciens, ceux qui les exposent et ceux qui les admirent (ou les détestent), y compris les enfants, n'ignorent pas la dimension religieuse de ces objets décoratifs. Mais surtout dans le contexte français actuel, aucun « observateur raisonnable » ne peut sérieusement faire abstraction de la dimension religieuse*

⁵⁹⁷ *Ibid.*

et identitaire de ces crèches »⁵⁹⁸. Le juge aurait en effet pu s'en tenir aux exceptions prévues par l'article 28 mais il a rajouté des éléments qui n'étaient pas prévus par la loi. Ainsi, dans l'espace public, les exceptions posées à l'article 28 disparaissent tout bonnement dans la mesure où l'apposition du symbole ou signe religieux ne traduit par la reconnaissance ou la préférence pour un culte. Au sein des bâtiments publics affectés à une collectivité ou à un service public, on retrouve en partie les exceptions posées par cet article -l'intérêt artistique pouvant être rapproché de l'exposition- mais également d'autres exceptions. Le Conseil d'État a en somme remplacé les questionnements relatifs à la nature des signes et symboles et de leur apposition ou élévation -s'agit-il d'un symbole religieux ou non ? s'agit-il d'une exposition ou non ? - par des questionnements sur la finalité de l'apposition du signe ou symbole -l'administration avait-elle l'intention de manifester une préférence religieuse ? cette crèche présente-t-elle un intérêt artistique ?-, il n'est pas certain que de tels critères facilitent l'appréhension des élus et responsables de bâtiments publics quant aux possibilités d'installation d'une crèche de la nativité⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ S. SLAMA, « Jésus revient au Palais Royal ou quand le Conseil d'État fait obstacle à la séparation de l'État et de l'étable », *Revue des droits de l'Homme*, 2017, n° 11.

⁵⁹⁹ Voir en ce sens : H. PAULIAT, « Installation des crèches dans un emplacement public : des critères flous », *Revue du droit des religions*, 2017, n° 4, p. 67 ; S. SLAMA, « Jésus revient au Palais Royal ou quand le Conseil d'État fait obstacle à la séparation de l'État et de l'étable », *Revue des droits de l'Homme*, 2017, n° 11.

2. LES EXCEPTIONS AUX PRINCIPES DE NON-SUBVENTIONNEMENT ET DE NON-SALARIAT DES CULTES

217. **Le principe.** L'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 pose le principe d'une séparation financière entre l'État et les cultes qui prohibe à la fois le salariat et le subventionnement des cultes. Le juge administratif sanctionne la méconnaissance de ces principes, et particulièrement tout ce qui peut constituer une subvention directe ou indirecte à une activité culturelle⁶⁰⁰. Le contentieux sur la question est très riche et semble inépuisable. L'administration ne peut évidemment pas financer la construction d'un nouveau lieu de culte⁶⁰¹, mais elle ne peut pas non plus subventionner l'acquisition d'un ensemble immobilier par une association culturelle quand bien même elle n'a pas pour unique objet la célébration du culte⁶⁰². Elle ne peut pas vendre un bien à un prix largement inférieur à sa valeur à une association culturelle car cela constitue une subvention indirecte⁶⁰³. Elle ne peut en principe pas financer l'acquisition de meubles destinés à l'exercice du culte⁶⁰⁴. Elle peut mettre à disposition une salle, même pour l'exercice d'un culte⁶⁰⁵, comme elle le ferait pour n'importe quelle personne

⁶⁰⁰ Pour un panorama très complet : Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur le financement des lieux de culte, Sénat, 17 mars 2015.

⁶⁰¹ CE, 1^{er} juillet 1910, *Ville d'Amiens, S.*, 1910, III, p. 145

⁶⁰² TA Grenoble, 31 décembre 1991, n° 8836688.

⁶⁰³ TA Orléans, 16 mars 2004, n° 0103376, *Fédération d'Indre-et-Loire de la libre pensée.*

⁶⁰⁴ CE, 11 juillet 1913, *Commune de Dury, Rec.*, p. 830.

⁶⁰⁵ Dans une ordonnance en référé le Conseil d'État a précisé que le fait que la mise à disposition soit demandée dans le but de pratiquer un culte n'était pas un motif valable pour refuser le prêt de la salle. Seuls des motifs tenant aux besoins de l'administration ou à la prévention des troubles à l'ordre public

privée, mais elle doit le faire dans des conditions qui ne portent pas atteinte à l'égalité entre les cultes et à la neutralité de l'administration. Ainsi, la mise à disposition pérenne et exclusive d'une salle à une association culturelle dans le but d'y exercer un culte méconnaît la loi de 1905⁶⁰⁶ ; alors que la mise à disposition d'une salle une heure par semaine pour qu'une association puisse y pratiquer un culte ne constitue pas une libéralité pour l'association en question⁶⁰⁷. Elle ne peut pas plus affecter un immeuble à titre gratuit pour l'exercice d'un culte⁶⁰⁸, ni accorder la location d'un presbytère pour un loyer très inférieur aux loyers pratiqués habituellement⁶⁰⁹. Il en va de même des subventions accordées pour la célébration d'une cérémonie alors que celle-ci relève d'une tradition locale, comme en témoigne le contentieux des Ostensions limousines⁶¹⁰.

218. **Les exceptions** aux principes de non-subventionnement et de non-salariat des cultes inscrits à l'article 2 de la loi de 1905 abondent et sont pour la plupart directement le fruit d'une volonté de garantir au mieux la liberté religieuse⁶¹¹ même si elles ne visent pas que cette finalité. Certaines résultent du champ d'application de la loi de 1905 sur le territoire national⁶¹². Certaines sont le fruit de dispositions étrangères à la loi de séparation des églises et de l'État, à l'instar des

peuvent fonder un refus : CE, ord., 26 août 2011, n°352106, *Commune de Saint-Gratien*.

⁶⁰⁶ CE ass., 19 juillet 2011, n° 313518, *Commune de Montpellier*.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ CE, 15 janvier 1909, *Commune de Gaudonville, Rec.*, p. 34.

⁶⁰⁹ CE, 12 mars 1909, *Commune de Triconville, Rec.*, p. 274.

⁶¹⁰ CE, 15 février 2013, n° 347049.

⁶¹¹ *Cf. infra* § 276 s.

⁶¹² *Cf. supra* § 161 s.

dispositions qui permettent le subventionnement des établissements scolaires privés, même confessionnels, sous certaines conditions. Cette possibilité répond à un besoin scolaire qui ne peut pas être pleinement satisfait par la puissance publique. Elle a bénéficié de l'onction du juge constitutionnel qui a jugé que « *le principe de laïcité ne fait pas obstacle à la possibilité pour le législateur de prévoir, sous réserve de fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels, la participation des collectivités publiques au financement du fonctionnement des établissements d'enseignement privés sous contrat d'association selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement* »⁶¹³. Certaines ont été directement prévues dans la loi de 1905. Il en va ainsi de celles qui résultent de la faculté pour l'administration de financer des services d'aumônerie dans certains services publics prévue à l'article de 2 de la loi de 1905. Cette possibilité s'explique par le caractère plus ou moins « *clos* »⁶¹⁴ de ces services et se justifie par la garantie de la liberté religieuse. Sa portée ne dépasse que rarement le stade de la simple faculté pour l'administration⁶¹⁵.

⁶¹³ Cons. const., 22 octobre 2009, n° 2009-591 DC, *Loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence*.

⁶¹⁴ Pour reprendre l'expression de R. SCHWARTZ, « L'expérience française : « privatisation » et liberté générale des cultes », in H. PAULIAT, 2006, *Services publics et religions: les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Pulim, p. 20.

⁶¹⁵ Cf. *infra* § 279 s.

219. Le juge administratif a par ailleurs consacré une nouvelle catégorie d'exceptions fondée sur « l'intérêt général » ou un « intérêt public local ».

En effet, à plusieurs reprises la notion d'intérêt général a permis d'admettre des exceptions au principe de non-subventionnement des cultes. Le juge administratif a ainsi pu considérer « *qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache aux actions de soutien à la prise en charge des détenues* »⁶¹⁶ il est possible de rémunérer les membres d'une congrégation. En 2005 dans un arrêt relatif à la Polynésie, la haute juridiction a pu rappeler que « *le principe constitutionnel de laïcité qui s'applique en Polynésie française et implique neutralité de l'État et des collectivités territoriales de la République et traitement égal des différents cultes, n'interdit pas, par lui-même, l'octroi dans l'intérêt général et dans les conditions définies par la loi, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes* »⁶¹⁷.

C'est principalement dans plusieurs décisions, rendues le 19 juillet 2011, que le juge administratif a fixé les conditions dans lesquelles l'administration peut verser des subventions pour des dépenses liées aux cultes. Il s'est fondé sur une vision globale du principe de neutralité en rappelant les nombreuses exceptions légalement prévues pour en déduire qu'il n'a pas à être appliqué de manière absolue. C'est ainsi qu'un « *intérêt public local* » peut servir de fondement à des exceptions au principe de non-subventionnement. En revanche de telles

⁶¹⁶ CE, 27 juillet 2001, n°215550, 220980, *Syndicat national pénitentiaire FO-direction et autres*.

⁶¹⁷ CE, 16 mars 2005, n° 265560, *ministre de l'Outre-mer c. gouvernement de la Polynésie française*.

subventions doivent être faites de manière à respecter l'égalité entre les cultes et la neutralité de l'administration. Par suite elles ne doivent pas se traduire par des libéralités ou des aides à un culte. Le juge administratif devra ainsi faire une appréciation subtile des contentieux portés devant lui afin de mettre en balance un éventuel intérêt public local et l'interdiction de subventionner les cultes. La série de décisions rendue le 19 juillet 2011 pose le cadre selon lequel ces assouplissements sont possibles. Les cinq affaires proposaient à la haute juridiction de s'interroger sur le financement indirect d'un lieu de culte via la conclusion d'un bail emphytéotique administratif⁶¹⁸ (BEA) ; sur la construction et la mise à disposition d'une salle municipale polyvalente à une association ayant notamment pour objet la pratique du culte⁶¹⁹ ; le financement d'un orgue⁶²⁰ ; le financement d'un ascenseur pour accéder à la basilique de Fourvière⁶²¹ ; enfin, sur le financement d'un abattoir hallal⁶²². Dans trois de ces décisions, le Conseil d'État juge qu'un intérêt public local permet, dans une certaine mesure, de financer des biens qui seront également utilisés à des fins culturelles sans contrevenir aux dispositions de la loi de 1905. C'est le cas notamment concernant le financement d'un orgue « *afin notamment de développer l'enseignement artistique et d'organiser des manifestations culturelles* »⁶²³ ou le financement d'un ascenseur permettant l'accès à la basilique de Fourvière car il

⁶¹⁸ CE ass., 19 juillet 2011, n° 320796, *Mme Vayssière*.

⁶¹⁹ CE ass., 19 juillet 2011, n° 313518, *Commune de Montpellier*.

⁶²⁰ CE ass., 19 juillet 2011, n°308544, *Commune de Trélazé*.

⁶²¹ CE ass., 19 juillet 2011, n°308817, *Fédération de la libre-pensée et de l'action sociale du Rhône et Picquier*.

⁶²² CE ass., 19 juillet 2011, n°309161, *Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole*.

⁶²³ CE ass., 19 juillet 2011, n°308544, *Commune de Trélazé*.

favorise « *le rayonnement culturel ou le développement touristique et économique de son territoire* »⁶²⁴. Il pose ainsi une distinction entre la pratique culturelle, qui ne pourra jamais recevoir une subvention, et les autres intérêts qui pourront faire l'objet d'une subvention publique. Ces affaires questionnent toute la portée des exigences posées par la loi de 1905. Il précise à chaque fois que le financement du matériel ou toute aide apportée doivent être prévus dans des conditions respectueuses du principe de neutralité. Cette interprétation permet de contourner la rigidité de la triple interdiction posée à l'article 2, ici essentiellement en matière de non-subventionnement des cultes, de sorte que « *le principe de « séparation passive » cède le pas à un principe de « neutralité active » ; la neutralité appelle la reconnaissance et le soutien des religions, et logiquement la relégation de la séparation* »⁶²⁵. Les exemples sont assez nombreux depuis lors : financement de la construction d'une partie d'un édifice culturel qui sera affectée à des activités culturelles⁶²⁶, financement d'une manifestation ne présentant pas un caractère culturel⁶²⁷, subvention en vue de l'acquisition d'une chaudière à bois déchiqueté par une association ayant entre-autre des activités culturelles⁶²⁸.

⁶²⁴ CE ass., 19 juillet 2011, n°308817, *Fédération de la libre-pensée et de l'action sociale du Rhône et Picquier*.

⁶²⁵ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.

⁶²⁶ CE, 03 octobre 2011, n°326460.

⁶²⁷ CE, 04 mai 2012, n°336462.

⁶²⁸ CE, 26 novembre 2012, n°344379.

II. LE DEVELOPPEMENT DU DROIT SOUPLE EN MATIERE DE LAÏCITE

220. La définition proposée par les juristes de la laïcité insiste très souvent sur ses aspects contraignants et donc sur les exigences précédemment évoquées -séparation, neutralité. Ces dernières ne résument pas le corpus normatif constitué par la laïcité qui relève, ainsi que Gwénaèle Calvès le souligne, d'un « *kaléidoscope de normes* »⁶²⁹. Les développements jusqu'alors consacrés à la laïcité ont conduit à aborder les aspects constitutionnels, législatifs, et leur portée telle que précisée par le juge, mais ils demeurent encore partiels. A mi-chemin entre le discours sur la laïcité et le droit de la laïcité, on pourrait situer les instruments de droit souple, dont le foisonnement paraît devoir justifier une présentation substantielle.

221. **Définition du droit souple.** Selon la définition qu'en a donné le Conseil d'État ce sont des instruments « *répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit* »⁶³⁰. Ainsi, de nombreux instruments juridiques dont le but est d'influencer les comportements entrent, selon le Conseil d'État, dans la catégorie du droit souple. On retrouvera

⁶²⁹ G. CALVÈS, *La laïcité*, La Découverte, 2022.

⁶³⁰ CE, *Le droit souple*, étude annuelle, EDCE, 2013, p. 9.

classiquement des supports de type chartes, avis, recommandations, résolutions, mais aussi une partie des circulaires. Selon le Conseil d'État, il faut inclure dans le droit souple « *les circulaires non impératives, par lesquelles l'autorité émettrice se borne à exposer des objectifs, à recommander un comportement ou à orienter l'action de ses subordonnés sans la contraindre* »⁶³¹. En réalité, pour les circulaires comme pour les avis ou recommandations d'AAI, le caractère « souple » du droit qui en découle dépend du contenu. Ainsi, un contenu impératif pourra les faire basculer dans la catégorie du « droit dur », de même que l'étendue des pouvoirs de l'autorité émettrice ou l'attitude des destinataires⁶³². En revanche, l'appartenance à la catégorie du droit souple n'empêche plus le juge administratif d'en connaître dans la mesure où les effets produits sont notables ou l'influence sur les comportements significative⁶³³. On peut ainsi dans l'échelle de normativité considérer que certains documents de droit souple ont une juridicité plus importante, les rendant contestables, mais que ceci n'épuise pas le champ du droit souple. Ce constat rend la catégorie délicate à présenter car le droit souple sera parfois qualifié comme tel par le juge -s'il répond aux critères permettant de le contester et s'il a généré du contentieux- et dans d'autres cas la classification ne reposera que sur une appréciation découlant des critères évoqués par le Conseil d'État. Ce dernier a considéré que le droit souple ne devait pas être opposé au droit dur dans la mesure où « *les deux domaines sont*

⁶³¹ *Ibid.*, p. 59.

⁶³² *Ibid.*, p. 74 s.

⁶³³ CE ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et autres* ; CE ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable* ; CE ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Mme Le Pen* ; CE, 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*.

imbriqués de multiples configurations : le droit souple peut se transformer en droit dur, il peut agir par délégation de ce dernier, il peut être pris en compte par le juge »⁶³⁴.

222. Cette imbrication rend la réflexion autour des instruments de droit souple de la laïcité d'autant plus intéressante. Non seulement ils peuvent constituer un instrument autonome par lequel la notion trouve une portée juridique, mais en plus ils peuvent être facteur de mutation du droit dur de la laïcité. Toujours est-il qu'ils constituent un champ peu exploré de la notion juridique de laïcité qui est généralement réduite à ses exigences de droit dur.

1. LES CIRCULAIRES

223. Les circulaires constituent un outil juridique important utilisé par l'administration pour préciser la portée des exigences de la laïcité, notamment dans le cadre des services publics où des questionnements plus concrets sont susceptibles d'émerger. Évidemment, les intégrer dans des développements consacrés au droit souple commande une certaine précaution tenant à l'impérativité variée des circulaires sus-évoquée. Il s'agira ainsi plutôt de présenter les circulaires **susceptibles de relever du droit souple**, sans préjuger catégoriquement de cette valeur normative. Des circulaires ont été prises dans tous les domaines où ont pu se poser des questions relatives à l'application des exigences de la laïcité.

⁶³⁴ CE, *Le droit souple*, étude annuelle, EDCE, 2013, p. 56.

224. **Les autorisations d'absence spéciales pour motif religieux.**

Parmi les questionnements les plus anciens, se trouve celui afférent à la liberté de conscience des agents publics et à sa mise en balance avec le devoir de neutralité. Le Professeur Koubi a retracé les évolutions administratives liées à la question des autorisations d'absence spéciale pour les agents publics pour motifs religieux⁶³⁵. La question ne se posait effectivement guère avant que la décolonisation n'entraîne un retour sur le territoire métropolitain d'agents publics qui bénéficiaient dans les territoires sur lesquels ils se trouvaient de pratiques administratives leur permettant de s'absenter pour célébrer des fêtes religieuses ne relevant pas du calendrier officiel des fêtes et jours chômés. Selon elle, les garanties de la liberté de conscience des agents du service public « *relèvent essentiellement de la pratique administrative, de l'éthique des administrateurs et de textes sans portée juridique : circulaires, notes de service et instructions* »⁶³⁶. Le constat qu'elle effectue en 1987 ne peut pas réellement être démenti aujourd'hui dans la mesure où c'est encore par ces types de textes que l'articulation de la neutralité avec la liberté de conscience des agents est réalisée. L'évolution réside surtout dans le fait que l'on considère désormais qu'il s'agit bien de textes pourvus d'une portée normative⁶³⁷. La première circulaire significative concernant les autorisations d'absence pour motif religieux est ainsi celle du 23 septembre 1967, toujours valable, qui indique qu'il appartient aux chefs de service « *d'accorder aux agents qui désirent participer aux*

⁶³⁵ G. KOUBI, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *La Revue Administrative*, 1987, n° 236, p. 133.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁶³⁷ La réflexion autour du droit souple, du moins concernant le droit interne, semble véritablement avoir été débloquée et stimulée à partir du rapport annuel du Conseil d'État y étant consacré en 2013.

cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession les autorisations d'absence nécessaires dans la mesure, toutefois, où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du service »⁶³⁸. Elle est complétée par des circulaires successives venant préciser la liste des fêtes religieuses en question⁶³⁹. Le Conseil d'État a refusé de reconnaître à ces dernières un caractère impératif⁶⁴⁰. Le Tribunal administratif de Grenoble a plus récemment considéré que la circulaire 1967 était également dépourvue de caractère impératif⁶⁴¹. Ces circulaires ne concernent quoiqu'il en soit que la fonction publique d'État, mais il n'empêche que des autorisations spéciales d'absence pour motif religieux sont également demandées dans la fonction publique territoriale ou hospitalière, et que le juge semble leur appliquer la même limite que celle fixée dans la circulaire de 1967, à savoir leur compatibilité avec le fonctionnement normal du service⁶⁴². Ni impératives, ni dépourvues de portée juridique, les circulaires relatives aux autorisations spéciales d'absence pour motif

⁶³⁸ Circulaire FP du 23 septembre 1967, n° 901, *relative aux autorisations d'absence pour fêtes religieuses*, reprise par celle du 10 février 2012, NOR : MFPP1202144C, qui indique : « *La circulaire FP n°901 du 23 septembre 1967 a rappelé que les chefs de service peuvent accorder aux agents qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession, les autorisations d'absence nécessaires. (...) Je vous serais obligé de rappeler aux chefs de service placés sous votre autorité qu'ils peuvent accorder à leurs agents une autorisation pour participer à une fête religieuse correspondant à leur confession dans la mesure où cette absence est compatible avec le fonctionnement normal du service* ».

⁶³⁹ La dernière en date est la circulaire « Sauvadet » du 10 février 2012, NOR : MFPP1202144C, *relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions*.

⁶⁴⁰ CE, 19 novembre 2004, n° 265064.

⁶⁴¹ TA Grenoble, 17 mai 2011, n° 0901933.

⁶⁴² *Ibid.*

religieux constituent une source normative influençant directement les contours de l'exigence de neutralité. Selon Charles Froger, « *Il s'agit en effet d'une double dérogation au principe de neutralité religieuse. D'une part, l'agent décidant de solliciter cette autorisation est tenu de dévoiler ses convictions religieuses à son employeur, ce afin d'échapper temporairement à ses obligations de service, spécialement à celles de présence et d'obéissance hiérarchique. D'autre part, les agents ne partageant aucune confession sont de facto exclus de ce dispositif* »⁶⁴³. Les réticences à l'égard du régime des autorisations spéciales d'absence pour motif religieux sont nombreuses⁶⁴⁴, notamment en raison de cette apparente contrariété avec le principe de neutralité et son corollaire, celui d'égalité. Elles constituent quoiqu'il en soit un réel infléchissement juridique de la laïcité, ici concernant les agents du service public. Ils ne sont pas les seuls à faire l'objet de circulaires venant modifier les contours juridiques de la notion.

225. **Les « accommodements raisonnables ».** Par voie de circulaire sont émises un certain nombre de recommandations d'adaptations pratiques de certaines règles, notamment dans le cadre du service public que l'on pourrait assimiler à la notion canadienne « d'accommodement raisonnable ». Différentes pratiques ont ainsi été suggérées ou encouragées pour assurer une conciliation pratique entre les exigences de

⁶⁴³ C. FROGER, « L'autorisation d'absence pour motif religieux dans la fonction publique », *AJFP*, 2021, p. 62.

⁶⁴⁴ En plus de G. KOUBI et C. FROGER dans les articles précités, on peut citer M. TOUZEIL-DIVINA, « Des autorisations d'absence de service pour motif religieux », *AJCT*, 2021, p. 290.

la laïcité et le respect de la liberté de religion des administrés se voulant plus équilibrée.

226. Il en va ainsi de la circulaire du Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'Immigration qui, rappelant les règles en matière de demandes de régimes alimentaires spécifiques dans le cadre des services publics de restauration collective indique que les collectivités publiques disposent d'une grande liberté en matière d'établissement des menus des cantines scolaires qui leur donne la faculté -mais aucunement l'obligation- de proposer des repas de substitution permettant aux élèves de se conformer aux prescriptions de leur culte. La circulaire indique également que cette possibilité existe dans le cadre de la restauration en service public hospitalier dans la mesure où elle peut être conciliée avec les contraintes inhérentes au service public. La possibilité peut également être laissée aux patients d'obtenir des repas conformes à leurs prescriptions religieuses auprès de leur aumônier⁶⁴⁵.

227. C'est également par voie de circulaire que l'adaptation de la police des cimetières aux prescriptions religieuses, essentiellement musulmanes, été encouragée. La première des circulaires encourageant les maires à permettre des regroupements dans le but de favoriser le respect de certaines confessions pour lesquelles ils constituent un impératif date de

⁶⁴⁵ Circulaire du ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'Immigration, 16 août 2011, NOR : IOCK1110778C, *rappel des règles afférentes au principe de laïcité - Demandes de régimes alimentaires particuliers dans les services de restauration collective du service public.*

1975⁶⁴⁶. Elle a été complétée par une circulaire de 1991⁶⁴⁷. Elles ont été abrogées et remplacées par une circulaire du 19 février 2008 qui préconise différentes pratiques devant participer du respect des prescriptions religieuses musulmanes liées au traitement des morts⁶⁴⁸. Parmi ces préconisations, se trouve celle d'avertir les familles lorsqu'une concession arrive à expiration pour qu'elles puissent la renouveler et éviter ainsi le transfert des corps, interdit par l'Islam. Les maires sont encouragés à utiliser la liberté que leur laisse leur pouvoir de police des cimetières pour favoriser de fait les groupements confessionnels. Ils sont également encouragés à créer un ossuaire dédié à une confession pour recevoir les restes des corps qui seraient exhumés à l'expiration d'une concession funéraire.

228. Ni impératives, ni dépourvues d'effets puisqu'elles suscitent par leur mise en œuvre du contentieux, les circulaires ont été classées par le Conseil d'État dans la catégorie du « *droit souple non reconnu par le droit dur* »⁶⁴⁹ ce qui correspond au niveau le plus bas de normativité. Elles constituent des outils privilégiés pour inciter à la mise en œuvre souple de l'exigence de neutralité dans des domaines où ses effets à l'égard de la liberté religieuse paraissent excessifs. Elles constituent un instrument assez classique à disposition de l'administration mais qui ne favorise pas toujours une compréhension claire des principes. En effet, laissant généralement aux autorités

⁶⁴⁶ Circulaire du ministre de l'Intérieur, du 28 novembre 1975, n° 75-603.

⁶⁴⁷ Circulaire du ministre de l'Intérieur, 14 février 1991, n° 91-30.

⁶⁴⁸ Circulaire du ministre de l'Intérieur, 19 février 2008, NOR/INT/A/08/00038/C, *Police des lieux de sépulture : Aménagement des cimetières - Regroupements confessionnels des sépultures*.

⁶⁴⁹ CE, *Le droit souple*, étude annuelle, EDCE, 2013, p. 70.

locales ou chefs d'établissement de simples facultés d'adapter les exigences de la laïcité, elles peuvent donner le sentiment d'un manque de cohérence et même constituer le terreau de différences de traitement injustifiées entre les agents ou usagers d'un service public et ceux d'un autre.

2. LES CHARTES

229. **Charte de la laïcité dans les services publics.** Préconisée dans le rapport « Stasi »⁶⁵⁰ et appelée de ses vœux par Laurent Fabius en 2006⁶⁵¹, la première Charte de la laïcité dans les services publics est élaborée en 2007 par le Haut conseil à l'intégration à la demande du Premier ministre. Il rend un avis dans lequel il propose un projet de charte et en explique les enjeux et finalités⁶⁵². Bien que revendiquée comme étant dépourvue de portée normative, le HCI indique dans cet avis que les orientations choisies dans la charte, même si elles ne reposent sur aucun fondement juridique mais sur un simple « *gentlemen agreement* »⁶⁵³, ont quand même pour but de rappeler certains devoirs aux usagers du service public : « *liberté ne veut pas dire laisser-faire. C'est pourquoi, à défaut d'obligations juridiques systématiques, des obligations ... morales pèsent sur les usagers, ordonnées autour de quelques*

⁶⁵⁰ B. STASI, Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, 11 décembre 2003, rapport au Président de la République, pp. 50-51.

⁶⁵¹ Il souhaitait même que la charte soit « adossée à la Constitution » : « Laurent Fabius prône l'adoption d'une charte de la laïcité », *lemonde.fr*, 11 novembre 2006.

⁶⁵² HCI, avis à Monsieur le Premier ministre, *projet de charte de la laïcité dans les services publics*, janvier 2007.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 35.

règles de conduite raisonnables»⁶⁵⁴. Le projet de charte rappelle les textes fondamentaux. La première partie est consacrée aux agents du service public. Elle rappelle dans trois articles le devoir de neutralité auquel ils sont astreints et auquel doivent veiller les chefs de service. Le quatrième article rappelle que les agents bénéficient de la liberté de conscience et qu'ils peuvent bénéficier d'autorisation d'absence accordées par leurs autorités à l'occasion des principales fêtes religieuses de leur confession dans la mesure où cela est compatible avec le bon fonctionnement du service public. Elle mêle ainsi dans un même article un droit constitutionnel et une simple possibilité pratique reconnue aux agents de demander une autorisation d'absence spéciale pour motif religieux, ce qui n'est sans doute pas la manière la plus claire de rappeler les principes applicables. Les articles suivants sont consacrés aux usagers du service public. L'article 6 indique qu'ils ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses dans la limite de la neutralité et du bon fonctionnement du service public. L'évocation de la neutralité est ici assez confondante également puisque celle-ci ne s'impose juridiquement qu'à l'administration et ses moyens. Le bon fonctionnement du service public est en revanche bien un fondement valable de restriction de l'expression des convictions religieuses des usagers. L'article 7 indique qu'ils doivent « *s'abstenir de toute forme de prosélytisme* ». Là encore, il n'est pas certain que le rappel permette aisément d'en cerner la portée car le prosélytisme, qui n'est pas juridiquement défini, peut s'entendre d'une attitude active par laquelle une personne cherche à convaincre autrui d'adhérer à ses convictions ou d'une attitude passive selon laquelle le port de certains

⁶⁵⁴ *Ibid.*

vêtements, par exemple, pourrait être prosélyte⁶⁵⁵. Le projet a été repris dans la version finale de la charte, bien que l'ordre des parties ait été interverti -la partie consacrée aux usagers en premier- et que la présentation sous forme d'articles ait été supprimée. Une circulaire du Premier ministre du 13 avril 2007 adressée aux autres ministres en a demandé la diffusion dans l'ensemble des services publics⁶⁵⁶.

La charte a été modifiée en 2021 par le Comité interministériel sur la laïcité. Le texte remanié reprend assez largement celui de 2007. Quelques ajouts figurent, comme l'indication selon laquelle « *la laïcité s'impose à l'ensemble des services publics quel que soit leur mode de gestion* »⁶⁵⁷, la précision selon laquelle le manquement à l'obligation de neutralité des agents « *peut donner lieu à l'engagement de poursuites disciplinaires* ». La mention dans la charte de 2007 selon laquelle « *ils bénéficient d'autorisations d'absence pour participer à une fête religieuse dès lors qu'elles sont compatibles avec les nécessités du fonctionnement normal du service public* » est remplacée par la mention selon laquelle « *s'ils peuvent bénéficier d'autorisations d'absence pour*

⁶⁵⁵ C'est en ce sens par exemple que la circulaire « Bayrou » de 1994 préconisait l'interdiction à l'école « *des signes religieux si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école. Ces signes sont, en eux-mêmes, des éléments de prosélytisme (...)* » : circulaire du ministère de l'Éducation nationale du 20 septembre 1994, n° 1649, *Neutralité de l'enseignement public : port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires*.

⁶⁵⁶ Circulaire du 13 avril 2007, n° 5209/SG, *relative à la charte de laïcité dans les services publics*.

⁶⁵⁷ Voir la Charte au lien suivant : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2022/01/nouvelle_charte_de_la_laicite_dans_les_sp.pdf (consulté le 6 septembre 2022).

participer à une fête religieuse, c'est à la condition qu'elles soient compatibles avec les nécessités du fonctionnement normal du service ». Il est précisé que la charte vaut aussi pour les salariés de droit privé d'un service public géré par une personne privée. Alors que la version de 2007 indiquait que les usagers ne peuvent récuser un agent ou demander une adaptation du service public mais que « *le service public s'efforce de prendre en considération les convictions de ses usagers dans le respect des règles auquel il est soumis et de son bon fonctionnement* », la version de 2021 rappelle l'interdiction de récuser un agent ou de demander une adaptation, n'indique pas que le service s'efforce de prendre en considération les croyances mais précise que « *dans les cas les plus graves, des sanctions pénales peuvent être appliquées* ». Il est ainsi possible de remarquer un certain raidissement de la laïcité entre la première version de la charte et la seconde. Les autorisations d'absences font l'objet d'une formulation conditionnelle, tandis que la potentialité d'une sanction est évoquée à deux reprises : pour les agents et pour les usagers.

230. **Charte de la laïcité à l'école.** Entre-temps une charte de la laïcité à l'école a été éditée et diffusée par le ministère de l'Éducation nationale en 2013⁶⁵⁸. Ce document mélange lui-aussi des rappels du cadre juridique et des affirmations un peu plus floues ou incantatoires, comme celle selon laquelle « *La laïcité assure aux élèves l'accès à une culture commune et partagée* ». La laïcité y est présentée comme étant la condition de principes et liberté fondamentaux, qui, sans être sans

⁶⁵⁸ Circulaire du ministre de l'Éducation nationale du 6 septembre 2013, n° 2013-144, NOR : MENE1322761C, publiée au BO du 12 septembre 2013, n° 33.

rapport, n'en dépendent pourtant pas juridiquement : « *La laïcité permet l'exercice de la liberté d'expression des élèves dans la limite du bon fonctionnement de l'École comme du respect des valeurs républicaines et du pluralisme des convictions* » ; « *La laïcité implique le rejet de toutes les violences et de toutes les discriminations, garantit l'égalité entre les filles et les garçons et repose sur une culture du respect et de la compréhension de l'autre* ». On peut ainsi affirmer que la charte de la laïcité à l'école n'épouse pas les contours des exigences de la laïcité. Elle rappelle bien ces dernières, mais érige la laïcité en valeur essentielle qui sous-tendrait l'ensemble de l'ordre juridique. La circulaire qui prévoit sa diffusion, signée par Vincent Peillon, exprime bien cette vision particulière de la laïcité. Véritablement érigée en valeur positive et connectée à la République et à ses valeurs :

« La laïcité souffre trop souvent de méconnaissance ou d'incompréhension. Ce texte permet d'en comprendre l'importance, comme garante à la fois des libertés individuelles et des valeurs communes d'une société qui dépasse et intègre ses différences pour construire ensemble son avenir. La laïcité doit être comprise comme une valeur positive d'émancipation et non pas comme une contrainte qui viendrait limiter les libertés individuelles. Elle n'est jamais dirigée contre des individus ou des religions, mais elle garantit l'égal traitement de tous les élèves et l'égalité de tous les citoyens. Elle est l'une des conditions essentielles du respect mutuel et de la fraternité ».

231. **Charte de la laïcité de la branche famille avec ses partenaires.**
En 2015, la Caisse nationale des affaires familiales (CNAF) élabore également une charte de la laïcité après que le ministre

en charge des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, Marisol Touraine, et la secrétaire d'État chargée de la famille, de l'enfance des personnes âgées et de l'autonomie, Laurence Rossignol, aient réuni les présidents et directeurs de Caisses d'allocations familiales à la suite des attentats de janvier 2015 pour les mobiliser pour la diffusion des valeurs de la République. Cette charte est plus dense que les deux autres, mais étonnamment elle comporte moins de rappels relatifs aux exigences de la laïcité. Elle rappelle les textes fondamentaux : lois scolaires, loi de Séparation, Constitution. Elle rappelle également la neutralité des personnels. Le reste constitue surtout des références aux finalités ou à la fonction attribuées à la laïcité. On y lit que « *la laïcité est une référence commune* », qu'elle est « *garante de la liberté de conscience* », qu'elle « *contribue à la dignité de la personne et à l'égalité d'accès aux droits* », qu'elle « *garantit le libre arbitre et protège du prosélytisme* », qu'elle est « *le terreau d'une société plus juste et plus fraternelle, porteuse de sens pour les générations futures* »⁶⁵⁹.

232. **Chartes à destination des personnes morales.** Il faut également noter qu'un certain nombre de préfectures ou collectivités territoriales demandaient la signature d'une charte aux personnes morales sollicitant une subvention de leur part. Ces chartes comportaient en général dans leur intitulé une référence à la laïcité et aux valeurs de la République. Elles ont

⁶⁵⁹ Le document peut aisément être trouvé sur le site internet du gouvernement ou des Caisses d'allocations familiales. Notamment au lien suivant : https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/03/charte_cnaf.pdf (consulté le 6 septembre 2022).

été remplacées et généralisées dans leur principe par le contrat d'engagement républicain⁶⁶⁰.

233. La valeur juridique de ces chartes ne peut évidemment pas être établie avec clarté. En 2007 déjà, Jean Baptiste Bouet indiquait à propos de la première charte de la laïcité dans les services public que « *C'est à la fois un texte « simplement » annexé à une circulaire, mais signé par le Premier ministre ; un texte sans valeur juridique mais comprenant des droits et des devoirs, des prescriptions de comportement dans la vie sociale. Par son objectif pédagogique, la charte de la laïcité relève du « droit doux » ou du « droit mou », un « droit pragmatique, sous-tendu par une volonté d'action sur le réel ». Mais par son contenu et sa volonté de régler des problèmes concrets, elle se rapproche de la production juridique traditionnelle (...) »⁶⁶¹. Il faut néanmoins constater que si la production de normes au sens classique, ou « droit dur » concernant la laïcité est plus que rare, et si les supports plus classiques que sont les circulaires ne sont pas non plus légion-les plus significatives sont relativement anciennes-, l'élaboration et la diffusion de chartes a pour sa part fait l'objet d'une véritable généralisation. Elles ont toutes été pensées comme un moyen d'assurer une meilleure compréhension et une meilleure effectivité de la laïcité. Dans son étude annuelle consacrée au droit souple, le Conseil d'État classe les chartes à destination des administrés -la charte de la laïcité dans les services publics y figure textuellement- au bas de l'échelle du*

⁶⁶⁰ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République, art. 12.

⁶⁶¹ J.-B. BOUET, « La « Charte de la laïcité dans les services publics » et les établissements publics de santé : une occasion manquée », *RDSS*, 2007, p. 1023.

droit souple, dans la catégorie qu'il appelle « *droit souple non reconnu par le droit dur* »⁶⁶², au même niveau que les circulaires non impératives. L'utilité de la Charte de la laïcité a été soulignée par le Conseil d'État en 2018 dans son étude annuelle « Être (un) citoyen aujourd'hui » : « *Une circulaire du Premier ministre du 13 avril 2007 a publié une charte de la laïcité dans les services publics qui en fait une présentation très synthétique. Il est éminemment souhaitable que l'ensemble des acteurs publics utilisent ces outils pour organiser une pédagogie volontariste de la laïcité destinée à rétablir, dans toute la mesure du possible, la sérénité de l'application de ce volet sensible de la citoyenneté française* »⁶⁶³. David Koussens souligne les ambiguïtés qui peuvent résulter de ces textes, en l'occurrence de la charte de la laïcité dans les services publics qui indique que les usagers doivent s'abstenir de tout prosélytisme, du point de vue des personnes les moins averties : « *Quelle sera alors la réaction d'une musulmane portant le voile quand elle découvrira cette charte en allant chercher son courrier à la poste ? La situation qui émerge donc avec l'adoption de ce texte est très critiquable car il tend à envoyer des signaux contradictoires aux citoyens, des signaux que seule une connaissance minimale de l'ordonnancement juridique français peut permettre d'interpréter. Au final, les citoyens les moins bien armés, et peut être est-ce le cas des membres de certaines minorités, sont alors les plus susceptibles de subir des atteintes à certains de leurs droits alors même que la laïcité de l'État aurait dû les protéger* »⁶⁶⁴. En termes d'ambiguïté peut tout autant être mentionnée la Charte

⁶⁶² CE, étude annuelle, *Le droit souple*, EDCE, 2013, p. 70.

⁶⁶³ CE, étude annuelle, *La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui*, Les rapports du Conseil d'État, 2018, p. 97.

⁶⁶⁴ D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Religion », 2015,

des aumôneries dans les services hospitaliers qui indique que « *L'aumônier respecte le principe de neutralité* » en ce qu'il est généralement un agent du service public ou un collaborateur occasionnel du service public⁶⁶⁵. Gwénaèle Calvès a souligné le caractère quelque peu loufoque de cette indication qu'il faut, selon elle, comprendre comme impliquant non pas la neutralité mais la discrétion des aumôniers⁶⁶⁶.

3. LES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS NOUVEAUX

234. **Le *vademecum* de la laïcité**⁶⁶⁷ est un document assez original par son appellation, mais qui, au fond, ne se distingue pas tellement d'une charte si ce n'est pas sa longueur et sa précision. Il formule de très nombreuses recommandations pour faire face à des situations concrètes impliquant la laïcité au sein de l'éducation nationale. En ce sens, il a une portée plus « curative » qu'une charte dont la dimension est plutôt préventive. Il remplace le « Livret de la laïcité » édité par le ministère de l'Éducation nationale avec la participation de l'Observatoire de la laïcité sous le mandat de Najat Vallaud-Belkacem. Ce document de plus de quatre-vingts pages contient plusieurs « fiches » abordant différentes situations d'atteintes au principe de laïcité. Si le *vademecum* se limite à rappeler le cadre juridique existant, il propose un certain

⁶⁶⁵ En annexe de la circulaire du 5 septembre 2011, n° DGOS/RH4/2011/356, *relative à la charte des aumôneries dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.*

⁶⁶⁶ G. CALVÈS, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, PUF, 2018.

⁶⁶⁷ Publié en 2017 et mis à jour en 2021, à télécharger à l'adresse suivante : <https://eduscol.education.fr/1618/la-laicite-l-ecole> (consulté le 6 septembre 2022).

nombre de préconisations et de solutions à des problèmes concrets. Son but est de parvenir à une meilleure mise en œuvre du principe de laïcité. L'introduction indique qu'il faut « *expliquer la laïcité, transmettre les principes et valeurs qu'elle sous-tend* ».

235. **Le contrat d'engagement républicain.** La mise en place par la loi du 24 août 2021⁶⁶⁸ du « contrat d'engagement républicain » a été l'occasion de s'interroger sur la nature juridique de ce document, qui remplace une pratique déjà existante pour certaines personnes publiques qui conditionnaient l'octroi de subventions à la signature d'une charte. Le Conseil d'État suggérait dans son avis sur le projet de loi de ne pas retenir l'appellation « contrat » dans la mesure où le document « *n'a pas la nature d'un vrai contrat* »⁶⁶⁹. L'appellation a tout de même été retenue par le législateur, sans doute pour conforter le sentiment d'obligation qu'il est supposé générer chez les signataires. Il s'adresse ainsi, aux termes de l'article 12, à « *toute association ou fondation qui sollicite l'octroi d'une subvention au sens de l'article 9-1 auprès d'une autorité administrative ou d'un organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial* »⁶⁷⁰. Ce même article donne la liste des trois engagements visés⁶⁷¹, parmi lesquels

⁶⁶⁸ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*.

⁶⁶⁹ CE, 7 décembre 2020, n° 401549, *avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*.

⁶⁷⁰ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 12.

⁶⁷¹ « 1° *respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution.*

2° ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République.

3° s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public. »

celui « *de ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République* ». Le contrat d'engagement républicain figure ainsi comme un outil devant servir à conforter la laïcité. Il n'apporte rien au cadre juridique préexistant⁶⁷². Son intérêt réside uniquement dans le rappel de celui-ci en vue d'en assurer une plus grande effectivité. Cette recherche d'effectivité des principes juridiques rappelés a d'ailleurs vocation à toucher davantage de personnes que les dirigeants de l'association : le décret d'application a pris la peine de préciser que « *l'association qui a souscrit le contrat d'engagement républicain en informe ses membres par tout moyen, notamment par un affichage dans ses locaux ou une mise en ligne sur son site internet, si elle en dispose* »⁶⁷³. Pour renforcer cette portée normative, une sanction a tout de même été prévue en cas de méconnaissance du contrat d'engagement : le retrait des subventions versées⁶⁷⁴. En ce sens, la fonction incitative du contrat d'engagement républicain est sans doute plus importante que celle d'une charte.

236. A côté de ces documents administratifs, dotés d'une valeur juridique incertaine, coexistent d'innombrables documents administratifs dépourvus de force normative : des documents adoptés par des personnes morales de droit privé, comme le

⁶⁷² Le contenu du contrat d'engagement républicain a été précisé par le décret du 31 décembre 2021, n° 2021-1947, *pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et approuvant le contrat d'engagement républicain des associations et fondations bénéficiant de subventions publiques ou d'un agrément de l'État*.

⁶⁷³ *Ibid.*, art. 1.

⁶⁷⁴ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 12. Le Conseil constitutionnel a validé cette sanction sous réserve que le retrait ne concerne que les subventions versées à partir de la date constatée du manquement : Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*, § 25.

vadémécum élaboré par l'association des maires de France, les nombreuses chartes ou guides adoptés isolément par des collectivités territoriales, des administrations déconcentrées, des services publics. Le manque de visibilité sur ce florilège de document et leur caractère *a priori* dépourvu de normativité justifie le fait de ne pas en faire une présentation. Ils sont toutefois symptomatiques de l'éparpillement et de l'omniprésence de la laïcité dans les espaces de sociabilité.

237. Réceptionnés par les agents publics ou les usagers du service public, les instruments de droit souple constituent une véritable doctrine de la laïcité qui leur est inculquée. Ils contribuent à modeler l'application du principe de laïcité et peuvent modifier la perception de son rôle, généralement présenté de manière très extensive pour ne pas dire englobante. Ce dernier aspect est sans doute le plus important. Les instruments de droit souple s'avèrent alors être la solution à certaines réticences de la part du pouvoir normatif, pour ne pas dire un manque de courage, à opérer de véritables choix, quitte à modifier clairement les contours des exigences de la laïcité. Ainsi on peut remarquer qu'avant d'emprunter la voie législative au sujet du port du voile à l'école c'est d'abord la voie du droit souple qui a été suivie. La circulaire « Bayrou » du 20 septembre 1994⁶⁷⁵ a tenté d'encadrer le port des signes religieux « *ostentatoires* »⁶⁷⁶ sans trouver d'écho dans la jurisprudence administrative. Il est permis de penser que si cette circulaire avait suffi à régler la question du foulard à l'école le législateur ne serait jamais intervenu, *a fortiori* par le

⁶⁷⁵ Circulaire du ministère de l'Éducation nationale du 20 septembre 1994, n° 1649, *Neutralité de l'enseignement public : port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires*.

⁶⁷⁶ *ibid.*

vote d'une loi qui constituait une modification significative des contours législatifs de la laïcité. La particularité des instruments de droit souple est en effet qu'ils permettent d'influencer les contours de la notion sans toucher frontalement les principes. Certains de ces instruments à assouplir les exigences de la laïcité quand d'autres, comme les chartes de la laïcité ou le *vademecum* ont pour ambition de faire de la laïcité une valeur fondamentale, respectée et partagée de tous, en somme, d'affermir sa portée symbolique.

CONCLUSION DU TITRE

238. La comparaison des notions d'ordre public et de laïcité quant à leur portée juridique les fait paraître comme étant très clairement distinctes. Cette distinction se joue sur deux plans : le champ d'application des notions, et la force normative de leurs exigences. Sur ces deux plans l'ordre public peut presque tout, et la laïcité ne peut presque rien. La portée de la laïcité dans l'ordre juridique paraît alors concrètement restreinte, ce qui conforte le contraste entre l'omniprésence de la notion dans le discours médiatique et politique et la délimitation juridique de la notion. Dans certaines sources juridique sa portée apparaît plus étendue : il s'agit de la laïcité constitutionnelle, mais également de la laïcité dans les instruments de droit souple. Par ces supports elle paraît pouvoir s'étirer davantage dans l'ordre juridique, toutefois la première conduit à se poser de nouveau la question de la définition matérielle de la laïcité, et la seconde est pourvue d'une force normative trop incertaine pour en tirer de véritables conséquences. C'est là le hiatus principal qui a toujours existé en matière de laïcité : la force incantatoire de la notion est évidente mais sa portée juridique est très en deçà.

239. Ainsi que le soulignait François Méjan en 1960 « *pratiquement, l'on tend à toujours préférer n'importe quelle disposition ou principe juridique – à commencer par les deux*

de l'article premier de la loi de 1905 – au principe de séparation qui avait, pourtant, servi à qualifier cette loi »⁶⁷⁷. Le caractère restreint de la portée des exigences de la laïcité résulte en partie de l'articulation de celles-ci avec celles de l'ordre public. D'une part, les textes et le juge ont tendance à privilégier chaque fois que c'est possible l'utilisation de la notion d'ordre public ; d'autre part, l'impérativité de ses exigences justifie d'assouplir ou de mettre de côté celles de la laïcité. Cette préférence pour la notion d'ordre public a participé de l'apaisement de la notion juridique de laïcité, lui faisant perdre sa dimension combative. La laïcité scolaire constitue un contre-exemple remarquable mais marginal.

⁶⁷⁷ F. MEJAN, « La laïcité de l'État en droit positif et en fait », *in* A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, PUF, 1960, p. 532.

CONCLUSION DE LA PREMIERE

PARTIE

240. Au terme de cette première partie, une part du mystère des deux notions paraît être levée. En effet, la fonction de l'ordre public se comprend très clairement, tout comme ses caractères. Les incertitudes inhérentes à son contenu paraissent naturelles. La laïcité voit ses contours juridiques assez clairement délimités, et ce au profit de l'ordre public, qui est apparu pour le législateur et le juge comme « *un rocher* »⁶⁷⁸ sur lequel ils ont pu s'accrocher quand la laïcité était prise dans la tourmente. Ce faisant, ils ont indirectement contribué à pacifier la notion de laïcité et à tenir le déchainement des passions hors du droit positif. La tentative de clarification globale de la définition et de l'articulation des notions d'ordre public et de laïcité met toutefois en lumière les aspects qui pourront servir de socle à la suite de la réflexion.

241. En effet, l'ordre public apparaît comme étant naturellement poreux aux aspects extra-juridiques et évolutif. Ce faisant, il apparaît comme le passeur des valeurs estimées essentielles

⁶⁷⁸ J. CARBONNIER, « Exorde », in B. BEIGNIER, T. REVET, *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 1.

dans la société vers le droit. La laïcité n'apparaît pas au terme de la réflexion de manière très nette. Certes, sa construction historique et son champ d'application ont pu être déterminés, mais son contenu et sa portée exacts restent assez difficiles à cerner, et ceci s'explique par sa double nature, idéologique et juridique. Selon Gilles Guglielmi, « *l'idée laïque aussi bien que la liberté de religion, dans leur essence conceptuelle, sont des idéaux. Or, force est de constater l'écart entre d'une part l'idée et le projet de l'un et de l'autre, d'autre part leur réalisation concrète et quotidienne. Le réalisme, les équilibres partiels, les faux-semblants qui permettent que la vie continue, sont loin d'atteindre l'idéal initial* »⁶⁷⁹. Ces deux dimensions ne peuvent pas être abordées indépendamment l'une de l'autre ni considérées comme étant dépourvues de tout lien. David Koussens constate à très juste titre l'existence d'« *une « laïcité narrative » (...) correspondant à une forme de récit sur la laïcité qui n'est pas dépourvue de toute force normative* »⁶⁸⁰. Selon lui, « *la « laïcité narrative » peut ainsi s'avérer en décalage avec la « laïcité juridique » qui, quant à elle, procède de la régulation juridique et politique du religieux. Mais la « laïcité narrative » peut aussi en être le combustible. Pour cette raison, si la « laïcité juridique » semble plus stable, elle peut à terme se montrer sensible aux fluctuations de la « laïcité narrative »* »⁶⁸¹. Le chemin qui conduit de la laïcité « narrative » vers la laïcité « juridique » reste, à ce stade de la réflexion, inconnu. La première partie des développements a toutefois posé les jalons

⁶⁷⁹ G. GUGLIELMI, « La laïcité, le totem de la République ? Une lecture approfondie de la loi de 1905 » in J. COSTA-LASCOUX, L. KAPELA, (dir.), *Colloque de Poissy 2011 : Au cœur de la laïcité : dialogue et tolérance*, acte des 10 et 11 septembre 2011, Mare&Martin, 2012.

⁶⁸⁰ D. KOUSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, 2009, n° 2, p. 327.

⁶⁸¹ *ibid.*

d'une tentative d'explication : par sa force normative et par sa fonction l'ordre public offre les outils propices à une relecture de la notion juridique de laïcité. La seconde étape du raisonnement conduira à dépasser l'appréhension des notions d'ordre public et de laïcité comme étant des notions purement « côte-côte » dans l'ordre juridique pour les présenter comme des notions exerçant l'une à l'égard de l'autre une certaine attraction.

SECONDE PARTIE

L'ATTRACTION DES NOTIONS

D'ORDRE PUBLIC ET DE

LAÏCITE

242. Le terme « attraction » renvoie en premier lieu au vocabulaire de la physique. Il signifie alors la « *propriété que possèdent les corps matériels de s'attirer mutuellement* »⁶⁸². Au sens figuré, l'attraction renvoie davantage au registre des sentiments et des relations humaines : synonyme d'attrance, voire de séduction, elle exprime l'envie de se rapprocher d'une personne ou d'une chose. Les caractéristiques de chacune des notions

⁶⁸² CNRTL, entrée « attraction ».

mises en valeurs dans la première partie des travaux forment le support d'une réflexion renouvelée autour d'un rapport d'attraction qui pourrait exister entre elles.

243. Ainsi que le souligne Bernard Pacteau : « *Bien sûr, la France est une République laïque, dit la Constitution de 1958 après déjà celle de 46, mais elle n'est pas seulement laïque, son article 1er le dit aussi, de sorte que, en tous cas, elle ne peut être laïque n'importe comment* »⁶⁸³. L'ordre public protège les exigences essentielles de l'ordre juridique et révèle les valeurs essentielles sur lesquelles celui-ci repose. Il se manifeste par ailleurs par des dispositions impératives par lesquelles il assoit sa primauté à l'égard des exigences de la laïcité. Ce faisant, il possède une vertu à la fois explicative et directrice à l'égard de la laïcité. En effet, la laïcité s'est déterminée au regard des finalités de l'ordre public. Mettre en lumière ces finalités permet alors d'expliquer la détermination des contours juridiques de la laïcité et ses mutations. En ce sens, les deux notions convergent (titre premier).

244. Ce premier mouvement confirme et explique la portée limitée des exigences de la laïcité, mais il ne tire pas de conclusions sur l'influence que peut exercer la laïcité narrative⁶⁸⁴ dans l'ordre juridique. Il faut, pour ce faire, repartir du constat que l'ordre public est une notion à l'interface entre les valeurs de la société et l'ordre juridique. Il constitue une porte d'entrée dans le droit pour cette laïcité narrative et renouvelle l'approche de la laïcité dans l'ordre juridique. Il y a alors une

⁶⁸³ B. PACTEAU, « Préface » in C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011.

⁶⁸⁴ D. KOUSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, 2009, vol. 41, n° 2, p. 327.

véritable inspiration réciproque entre les deux notions. La laïcité contribuant à modeler l'ordre public et ses contours s'en trouvant corrélativement précisés (titre second).

TITRE PREMIER

LA CONVERGENCE TELEOLOGIQUE DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

245. L'ordre public tire de sa fonction protectrice une fonction incidente expressive des valeurs essentielles de l'ordre juridique⁶⁸⁵. L'identification de ces valeurs n'est pas aisée car elles ne sont pas toutes textuellement exprimées et que leur contenu évolue en permanence. La démarche effectuée ici est, dans une certaine mesure, périssable. Son intérêt réside surtout dans le fait de montrer en quoi ces valeurs ont aussi permis de déterminer les contours de la laïcité française. La laïcité doit en effet répondre également à certaines finalités. L'article 1^{er} de la loi de 1905 dispose que : « *La République*

⁶⁸⁵ Cf. *supra* § 29 s.

assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Maurice Hauriou souligne que « cet article n'a pas seulement une valeur positive en tant qu'il statue sur la liberté de conscience et sur celle des cultes, il a une **valeur doctrinale** pour l'interprétation de la loi entière »⁶⁸⁶. En effet, indiquant que les restrictions à la liberté des cultes sont édictées dans l'intérêt de l'ordre public, le législateur confond délibérément les fins de la laïcité et celles de l'ordre public.

La garantie des droits est souvent perçue comme la finalité principale de l'ordre juridique. C'est en tout cas la plus évidente : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen érige les droits de l'Homme en finalité ultime de l'ordre juridique : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* »⁶⁸⁷, ce que confirme le préambule de la Constitution de 1946 en réaffirmant le caractère inaliénable et sacré des droits de l'Homme⁶⁸⁸, et, à son tour, le préambule de la Constitution de 1958⁶⁸⁹. Les droits fondamentaux irradiant l'ordre juridique français, en sont un facteur de modelage certain, y compris pour les notions d'ordre public et de laïcité (Chapitre I).

⁶⁸⁶ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Sirey, 1916, p. 468.

⁶⁸⁷ Art. 2.

⁶⁸⁸ Al. 1^{er}.

⁶⁸⁹ Art. préambule : « *Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. (...)* ».

L'analyse ne peut toutefois s'arrêter là. Il n'est pas possible d'affirmer que l'ordre juridique a pour seule finalité la protection des droits de l'Homme. En effet, il suffit pour cela de citer quelques exemples : la pénalisation des clients de la prostitution et l'interdiction des conventions ayant pour objet de concevoir et porter un enfant pour autrui relèvent de l'ordre public français. Ces dispositions limitent l'autonomie personnelle au-delà de ce qui paraît directement à la protection des droits et libertés d'autrui. Elles expriment l'existence dans l'ordre juridique de quelque chose qui dépasse les droits de l'Homme dans leur dimension subjective⁶⁹⁰. Selon Diane Roman, « *les mesures de protection de l'individu contre lui-même procèdent à un brouillage de la problématique classique des restrictions aux libertés : traduisant le surgissement d'un impératif éthique étonnamment vigoureux dans une société pluraliste, de telles mesures ont pour conséquence de restreindre singulièrement l'autonomie de la personne en élargissant sensiblement la réserve de l'ordre public et des droits des tiers* »⁶⁹¹. Ces interdictions semblent reposer sur un corpus de valeurs qui sont les fondements de l'ordre juridique. En ce sens, elles sont constitutives de notre droit⁶⁹². La protection des droits de l'Homme est une finalité essentielle de l'ordre juridique, mais elle résulte elle-même d'un socle de valeurs sur lequel est érigé

⁶⁹⁰ On retrouve là le critère de distinction de l'ordre public immatériel selon M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018, p. 355 : « *l'ordre public immatériel fait respecter des valeurs afin de protéger la société et de faire prévaloir un système de valeurs objectives sur le système des droits et libertés subjectifs individuels* ».

⁶⁹¹ D. ROMAN, « *A corps défendant* », *D.*, 2007, p. 1284.

⁶⁹² J.-E. SCHOETTL, « *Réflexions sur l'ordre public immatériel* », *RFDA*, 2018, p. 327 s. estime à propos de l'ordre public immatériel qu'« *il est constitutif beaucoup plus que correctif de notre droit* ».

celui-ci et que l'on retrouve souvent sous l'appellation « valeurs de la République ». Elles constituent également une finalité vers laquelle convergent les notions d'ordre public et de laïcité (chapitre II).

CHAPITRE I

LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES

246. « *La notion de droits de l'homme est plurale et évolutive* »⁶⁹³. Aujourd'hui, il n'est plus seulement question des « droits de l'Homme », mais des « droits fondamentaux », des « libertés publiques », des « droits et libertés » ou encore des « droits humains ». Ceci ne fait que rajouter au caractère évanescent de la notion. En dépit des incertitudes relatives au contenu exact de la notion de droits de l'Homme, ceux-ci constituent une finalité commune des notions d'ordre public et de laïcité (section première) ayant des conséquences pratiques sur la détermination de leur portée juridique (section seconde).

⁶⁹³ X. BIOY, J.-P. COSTA, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 22.

SECTION PREMIERE. UN LIEN THEORIQUE ET HISTORIQUE ENTRE LES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE ET LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES

247. L'identification d'une finalité commune des notions d'ordre public et de laïcité dans la protection des droits et libertés (I) n'empêche pas la persistance de questionnements théoriques sur les liens entre laïcité et droits de l'Homme (II).

I. UN LIEN EVIDENT

248. **Le lien théorique entre ordre public et droits de l'Homme** peut sembler au premier abord difficile à identifier car la notion a pour effet immédiat de limiter l'exercice des droits et libertés. L'ordre public est une notion fonctionnelle et sa finalité est la paix sociale. Celle-ci peut résulter d'exigences tout à fait liberticides : la paix sociale peut résulter d'un régime totalitaire, où une conception extensive de l'ordre public nie toute forme de liberté. L'ordre public ne préserve pas forcément les droits de l'Homme, mais les droits de l'Homme ont besoin de l'ordre public pour être préservés. D'un certain ordre public tout du moins. A ce titre, il faut se souvenir que l'ordre public est un résultat : *« l'état de paix de l'agglomération réalisé par une équitable détermination des libertés de chacun qui permet leur exercice harmonieux au sein du groupe »*⁶⁹⁴. La liberté a besoin de cadres, de limites, pour s'exercer convenablement car il n'y a pas de liberté dans

⁶⁹⁴ E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, p. 386.

le désordre⁶⁹⁵. L'article 28 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme rappelle également le caractère primordial de l'ordre pour la garantie des droits : « *Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet* ». Ceci relève de considérations philosophiques anciennes. Le binôme égalité et liberté est fondamental pour assurer le passage de la liberté naturelle illimitée à la liberté civile égale pour tous. L'ordre public réalise ceci en sanctionnant les débordements de la liberté qui nuisent à la liberté d'autrui, en faisant en sorte d'instaurer un espace social propice à l'exercice des libertés. Ainsi, « *l'ordre public et la liberté sont nécessaires l'un à l'autre autant que toute forme est inséparable de sa substance ; sans l'ordre public, la liberté deviendrait licence ; si le primat de liberté n'était pas enté dans l'ordre public, l'institution demeurerait un État de police* »⁶⁹⁶. Cette finalité de l'ordre public français trouve son origine dans les grands courants philosophiques qui ont conduit à l'affirmation des droits de l'Homme. Il ne s'agit pas ici de rappeler en détail ces courants, mais davantage d'analyser dans quelle mesure la laïcité y puise également ses sources.

249. **La limitation du pouvoir étatique.** Il est possible de voir dans l'idée de séparation l'essence de la pensée libérale : « *si l'on doit réduire outrageusement le libéralisme à une seule idée, on renverrait fondamentalement à une séparation de la sphère*

⁶⁹⁵ Expression utilisée par J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, 9^{ème} éd., PUF, 2003, p. 167.

⁶⁹⁶ E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, pp. 541-542.

privée et de la sphère publique »⁶⁹⁷. La séparation entre le politique et le religieux n'est que l'une d'entre elles, mais compte-tenu de l'importance historique du fait religieux en France et des troubles et conflits l'accompagnant, elle revêt une importance particulière dans la théorisation du libéralisme politique en France. Plus concrètement, l'émancipation du pouvoir a souvent été le résultat d'une demande de reconnaissance de liberté, de sorte que si la laïcité française a pour fonction l'émancipation du pouvoir politique, sa finalité est largement la garantie des droits et libertés. L'idée de limitation du pouvoir de l'État est ancienne. C'est ainsi que certains auteurs voient dans le christianisme l'une des premières évocations de la séparation du politique et du religieux. Revenant au texte fondateur, ils estiment qu'il contient l'idée de distinction du spirituel et du temporel. Selon Jean Rivero, « *si donc la déclaration n'a rien emprunté directement à l'enseignement chrétien, du moins lui doit-elle l'essentiel, la formation des mentalités qui la rendaient possible* »⁶⁹⁸. Avec Henri Moutouh il considère que « *La formule évangélique « Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu », fonde la limitation des droits de la Cité* »⁶⁹⁹. Diane Roman et Stéphanie Henmette-Vauchez soulignent également cette idée : « *la tradition judéo-chrétienne apporte deux idées essentielles. La première est celle de l'éminente dignité de la personne humaine (...) Mais l'affirmation, révolutionnaire dans son contexte, n'a pas de portée politique et sociale évidente. Elle doit en effet se concilier avec un second principe : celui de la séparation entre*

⁶⁹⁷ Selon X. BIOY, J.-P. COSTA, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 33.

⁶⁹⁸ J. RIVERO, *Libertés publiques*, T. 1, PUF, 1978, p. 44.

⁶⁹⁹ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, 9^{ème} éd., PUF, 2003, T. 1, p. 29.

le temporel et le spirituel. « Il faut rendre à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu » : la formule bien connue signifie l'affirmation de deux pouvoirs distincts, le pouvoir politique, qui ressortit à l'État, et le pouvoir religieux s'accompagne d'une obligation d'obéissance au pouvoir politique. « Mon royaume n'est pas de ce monde », dira Jésus-Christ »⁷⁰⁰. La raison de cette distinction importe plus que son principe : les auteurs soulignent que cette distinction fonde un droit de résistance à l'oppression. Les premiers chrétiens s'opposent au pouvoir parce qu'il nie leur liberté de religion. La séparation est déjà pensée comme un gage de liberté. Selon Jean-Claude Ricci, la doctrine du *Reddite* va plus loin « les deux pouvoirs sont placés par le Christ sur un même plan car il est juste et légitime de rendre à César ce qui lui revient et à Dieu ce qui lui revient. Cet élément capital est insuffisamment souligné : le Christ institue le politique en instance autonome ayant en soi sa propre légitimité et se suffisant à lui-même. C'était la première fois dans l'histoire que ce statut était reconnu au politique qui sort ainsi grandi »⁷⁰¹.

250. **Droit naturel.** Cette idée de limitation du pouvoir de l'État se trouve également dans les théories du droit naturel objectif qui reposent sur le postulat qu'il existe une loi naturelle supérieure à la loi civile. Leur particularité est toutefois de considérer que cette loi naturelle résulte d'un facteur extérieur à la personne humaine, objectif. Pour Aristote c'est la nature, pour Saint Thomas ce sera la loi divine. Les théories *jus naturalis* modernes apportent une nouveauté déterminante : le droit naturel est un droit subjectif, inhérent à la personne humaine.

⁷⁰⁰ Voir par exemple : S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2017, § 49.

⁷⁰¹ J.-C. RICCI, *Histoire des idées politiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2018, p. 93.

En lien avec les théories du droit naturel, les théories du Contrat Social justifient le rôle de l'État par une transaction entre les individus et l'institution : elle leur garantit un certain niveau de protection en échange de quoi ils délaissent une partie de leur liberté naturelle. Cet héritage philosophique est tout autant celui de l'État libéral que celui de la laïcité. Ainsi, certains de ces penseurs ont par ailleurs proposé des développements substantiels sur les rapports de l'État aux religions. C'est le cas de John Locke dans sa *Lettre sur la tolérance*. Il considère que la conscience appartient à chacun et que forcer celle-ci à aller vers un dogme déterminé n'a aucun sens. Elle est fondamentalement libre : « *il n'y a personne qui puisse, quand il le voudrait, régler sa foi sur les préceptes d'un autre. Toute l'essence et la force de la vraie religion consiste dans la persuasion absolue et intérieure de l'esprit ; et la foi n'est plus foi, si l'on ne croit point* »⁷⁰². Locke voit dans la tolérance religieuse un moyen pour l'État d'assurer sa propre pérennité : « *il n'y a que l'oppression toute seule qui engage le peuple à s'attrouper, à se porter à la révolte, et à courir aux armes* »⁷⁰³. Il définit ainsi un certain nombre de principes qui doivent guider l'action publique. L'État doit respecter la liberté religieuse, et lorsqu'il légifère, il ne doit le faire qu'en considération du « *bien public* » et de telle sorte qu'il s'immisce le moins possible dans ce qui concerne la religion :

« tout ce qui peut être dommageable à l'État, et que les lois défendent pour le bien commun de la société, ne doit pas être souffert dans les rites sacrés des Églises ni mériter

⁷⁰² J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, traduction par Jean Le Clerc, Flammarion, 1992, p. 169.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 209.

l'impunité ; seulement, il faut que le magistrat prenne bien garde à ne pas abuser de son pouvoir, et à ne point opprimer la liberté d'aucune Église, sous prétexte du bien public; tout au contraire, ce qui est permis dans la vie commune et en dehors du culte divin ne peut pas davantage être prohibé par la loi civile dans les choses qui se rapportent au culte de Dieu et dans les lieux sacrés »⁷⁰⁴.

Il détermine ainsi le principe selon lequel l'État ne doit limiter les libertés que pour le bien commun, et les cultes doivent se soumettre à la loi. Cette recherche d'équilibre entre la liberté individuelle et l'intérêt public trouve une limite dans la philosophie de Locke. D'une part, la tolérance ne vaut pas pour « *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 générale* »⁷⁰⁵. D'autre part, elle ne vaut pas non plus à l'égard des Catholiques, qui ont, selon lui, placé leur allégeance dans un autre chef : le pape. L'idée de tolérance se retrouve dans la philosophie de Rousseau. Selon lui, l'État doit respecter toute croyance qui n'est pas contraire aux devoirs du citoyen.

251. **Droits de l'Homme.** L'idée laïque émerge plus concrètement dans le besoin de garantie des droits et libertés. Elle lui est ainsi, originellement, reliée de façon intime. En effet, au-delà des idées, ce sont souvent des revendications concrètes de

⁷⁰⁴ *Ibid.*, pp. 193-194.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 206.

liberté que naissent les séparations entre le politique et le religieux qui ont jalonné l'histoire des rapports entre l'État et les cultes et l'ensemble des textes qui ont participé de la construction juridique de la laïcité française. Selon Jean René Dupuy, la laïcité mêle à son origine la double idée d'émancipation du pouvoir et de l'individu : « *l'idée de l'affranchissement de l'État et celle de libération de l'individu, allaient s'affirmer ensemble* »⁷⁰⁶. La recherche d'autonomie politique conduit la France à relativiser progressivement la portée du pouvoir du Saint-Siège. Les revendications de liberté des autres cultes conduisent l'État, non seulement à leur reconnaître des libertés, mais à devoir créer des institutions adaptées au pluralisme religieux de la population, de sorte que l'émancipation individuelle et l'émancipation politique se nourrissent mutuellement. C'est ainsi que l'édit de Tolérance de 1787 accorde aux protestants et juifs des droits civils sans qu'ils n'aient à se convertir au catholicisme et pose les jalons d'un futur état civil complètement sécularisé. Cet édit se fonde sur la volonté de reconnaître aux fidèles de ces cultes des droits et on y décèle l'influence des théories du droit naturel moderne :

« notre justice et l'intérêt de notre Royaume ne nous permettent pas d'exclure plus longtemps, des droits de l'état civil, ceux de nos sujets ou des étrangers domiciliés dans notre Empire, qui ne professent point la religion catholique (...) nos autres sujets non-catholiques, (...) ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser, de faire constater leurs

⁷⁰⁶ J. R. DUPUY, « La laïcité dans les déclarations internationales des droits de l'Homme », in A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, PUF, 1960.

naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir, comme tous nos autres sujets, des effets civils qui en résultent (...) d'y jouir de tous les biens et droits qui peuvent ou pourront leur appartenir à titre de propriété ou titre successif, et d'y exercer leurs commerces, arts, métiers et professions, sans que, sous prétexte de leur religion, ils puissent y être troublés ni inquiétés »⁷⁰⁷.

252. **La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen** synthétise juridiquement l'ensemble des courants de pensée libéraux contemporains et franchi le cap intellectuel que ne franchit par John Locke en posant ce qui constitue le premier fondement juridique d'un ordre public libéral et d'un principe de laïcité. En effet, la Déclaration n'envisage pas d'autre finalité à l'association politique que la conservation de la liberté inhérente à la personne humaine qu'elle rappelle à l'article 1^{er} : les hommes « *naissent* » libres ; avant d'indiquer que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* »⁷⁰⁸, tandis que l'article 16 dispose que « *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Elle repose sur une conception libérale de l'État qui ressort particulièrement de l'article 4 qui dispose : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme*

⁷⁰⁷ Édit du Roi concernant ceux qui ne font pas profession de la religion Catholique, Versailles, novembre 1787, reproduit in C. BERGEAL, A. DURRLEMAN, *Protestantisme et tolérance en France au XVIIIème, de la révocation à la révolution (1685 - 1789)*, La Cause, 1988.

⁷⁰⁸ Art. 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

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 laïcité y puise ses sources bien plus que dans l'article 10 qui proclame la liberté d'opinion. C'est plus largement l'idée d'une séparation du pouvoir politique et du pouvoir religieux qui est contenue dans la Déclaration : la qualité de citoyen ainsi que l'exercice des droits et libertés ne sont plus conditionnés par l'appartenance religieuse. Et comme le pouvoir est d'origine démocratique et non plus divine, toute forme de cléricisme est exclue. D'une certaine manière, c'est par l'affirmation des droits du citoyen qu'émerge la laïcité française. Le Professeur Bergounioux rappelle que « *la laïcité a ainsi des affinités fortes avec l'idée démocratique, avec l'idée d'un pouvoir émanant de la volonté des citoyens, respectant le pluralisme des croyances et des pensées* »⁷⁰⁹. Cette distinction fonctionnelle ne sera jamais véritablement remise en question durant le XIX^{ème} siècle. Le régime concordataire, s'il conduit à la reconnaissance des quatre cultes principaux, à leur organisation et à leur financement par l'État n'érige aucun d'eux en culte officiel. Le culte peut être une mission de l'État sans que ceci n'implique une confusion du politique et du religieux. Aussi, Maurice Hauriou le qualifie de « *séparation mitigée* »⁷¹⁰ avant que n'advienne la « *séparation complète* »⁷¹¹. Celle-ci attendra 1905 et la loi de séparation, qui exprime l'influence libérale ayant guidé la main du législateur par l'article 1^{er} : « *La République assure la liberté de conscience.*

⁷⁰⁹ A. BERGOUNIOUX, « La laïcité, valeur de la République », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, pp. 17-26.

⁷¹⁰ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Sirey, 1916, p. 460.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 461.

Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public »⁷¹².

253. La déclaration fournit également un terreau idéologique et juridique de première importance dans la construction de l'ordre public français. Le commissaire du gouvernement Corneille a, à l'occasion de ses conclusions pour l'affaire *Baldy*, rappelé que « *que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen est, explicitement ou implicitement, au frontispice des Constitutions républicaines* »⁷¹³. Il était alors question de donner la mesure des pouvoirs de police, et donc de proposer selon quelles conditions doit être protégé l'ordre public. Il rappelait alors que la protection de ce dernier devait répondre au postulat libéral donné par la Déclaration. Conçu comme le versant négatif de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen le Code pénal vient sanctionner les atteintes portées aux droits et libertés⁷¹⁴. Il définit ainsi négativement un « *ordre public de protection des droits fondamentaux* »⁷¹⁵. L'exposé des motifs de l'avant-projet de réforme du code pénal de 1986 est, à ce sujet, explicite :

⁷¹² Loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des églises et de l'État*, art. 1^{er}.

⁷¹³ H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2015, vol. 1, p. 605 s.

⁷¹⁴ P. LASCOUMES, A. DEPAIGNE, « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, 1997, vol. 27, n° 1, p. 5.

⁷¹⁵ A. CERF ? « Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 2001, p. 63.

« le nouveau code pénal doit prendre pour fin première la défense de la personne humaine et tendre à assurer son plein épanouissement en la protégeant contre toutes les atteintes, qu'elles visent sa vie, son corps, ses libertés, sa sûreté, sa dignité, son environnement. Pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau code pénal doit être un code humaniste, un code inspiré par les Droits de l'Homme »⁷¹⁶.

254. **Le Conseil constitutionnel** a rappelé pour les deux notions cette connexion avec la garantie des droits et libertés. Il l'a d'abord fait concernant l'ordre public qu'il présente comme étant intimement lié à la garantie des droits fondamentaux : *« la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »⁷¹⁷* ; *« la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »⁷¹⁸*. Il l'a également fait, pour la laïcité, de manière indirecte d'abord en érigeant le principe de neutralité en corollaire du principe d'égalité : *« ces cahiers des charges doivent nécessairement se conformer aux principes fondamentaux du service public et notamment au principe d'égalité et à son corollaire le principe*

⁷¹⁶ Projet de loi portant réforme du code pénal, n° 300, Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 février 1986, exposé des motifs, p. 15.

⁷¹⁷ Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

⁷¹⁸ Conseil constitutionnel, 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

*de neutralité du service (...) ces diverses dispositions permettent d'assurer le respect de l'objectif de pluralisme dans le secteur public de la communication audiovisuelle »⁷¹⁹. Il se fonde pour cela sur l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, duquel il avait également déduit l'interdiction de ficher les opinions politiques, philosophiques et religieuses des fonctionnaires⁷²⁰. Il a ensuite plus directement rappelé l'inséparabilité de la laïcité et des droits et libertés lorsqu'en 2013, puis en 2015, il s'est prononcé sur le sens de la laïcité dans la constitution. Il indique alors que « *le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit* », et précise qu' « *il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît 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 salue aucun culte* »⁷²¹. Dans un même effort de définition il mêle des exigences de la laïcité - neutralité, non-reconnaissance, non-salariat- et des finalités - respect des croyances, égalité, liberté des cultes- comme si les unes ne pouvaient pas aller sans les autres. Cette connexion a été de nouveau effectuée, de manière plus explicite encore, dans une décision QPC rendue en juillet 2022 à propos des dispositions de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des*

⁷¹⁹ Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.

⁷²⁰ Cons. const., 15 juillet 1976, n° 76-67 DC, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*.

⁷²¹ Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité* ; considérant identique : Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane [Rémunération des ministres du culte en Guyane]*.

principes de la République relatives aux associations cultuelles⁷²². Il précise alors que « *les dispositions contestées, qui ne privent pas de garanties légales le libre exercice des cultes, ne méconnaissent pas le principe de laïcité* »⁷²³. Le principe constitutionnel de laïcité paraît, selon les termes de cette décision, impliquer la garantie du libre exercice des cultes.

255. La protection des droits de l'Homme apparaît ainsi comme une finalité évidente des notions d'ordre public et de laïcité. Concernant cette dernière, elle est toutefois questionnée par certaines approches théoriques de la notion qu'il convient d'évoquer.

II. UN LIEN QUESTIONNE PAR CERTAINES APPROCHES THEORIQUES DE LA LAÏCITE

256. Si les penseurs classiques ont démontré la nécessité de la séparation du politique et du religieux dans son principe, ils ont moins porté leur réflexion sur la manière dont celle-ci devait concrètement être effectuée, son degré de rigidité. C'est pourtant à ce niveau que se situent la majorité des discussions actuelles relatives à la laïcité. La pensée moderne de la laïcité oppose schématiquement ceux qui ont une vision relativement absolutiste de la séparation car ils pensent que c'est la meilleure des garanties à apporter aux droits et libertés et ceux

⁷²² Cons. const., 22 juillet 2022, n° 2022-1004, *Union des associations diocésaines de France et autres [Régime des associations exerçant des activités cultuelles]*.

⁷²³ *Ibid.*, § 14.

qui critiquent cette approche parce qu'ils ne la trouvent précisément pas en mesure de répondre à cet objectif.

257. **La rigidité de la séparation entre le religieux et le politique comme condition de garantie des droits et libertés.** Cette rigidité est celle des penseurs de la « laïcité sans adjectif » à l'instar des philosophes Catherine Kintzler, Henri Pena-Ruiz, et du Professeur de droit public Geneviève Koubi. Catherine Kintzler estime que la laïcité est propice à créer un « *dispositif aveugle* »⁷²⁴. Elle développe une philosophie de la laïcité qui met particulièrement en avant le lien qui peut exister entre laïcité et liberté⁷²⁵. Elle définit la liberté comme la possibilité pour l'individu de se choisir sans influence externe : « *La pensée s'apparaît à elle-même (réflexivement) comme un foyer de production, et ce foyer ne doit son existence qu'à lui-même : personne ne l'a allumé de l'extérieur* »⁷²⁶. Cette liberté de se choisir passe à travers un plein exercice de la liberté de pensée en tant que capacité de douter, esprit critique. Cette liberté est, selon elle, placée au fondement de l'association politique. Elle affirme qu'il faut penser le lien social « *non pas à partir de fraternités décelables, mais (...) d'après ce qu'un*

⁷²⁴ C. KINTZLER, « La philosophie française et la laïcité », in *La laïcité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 48, 2005, p. 45.

⁷²⁵ A ce sujet : C. KINTZLER, « Construire philosophiquement le concept de laïcité. Quelques réflexions sur la constitution et le statut d'une théorie », *Cités*, 2013, n° 52, p. 51 ; J.-C. POIZAT, « Débat entre Abdenmour Bidar et Catherine Kintzler sur la laïcité et la place de la religion dans l'espace public », *Le Philosophoire*, 2012, n° 29, p. 235 ; C. KINTZLER, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2008 ; C. KINTZLER, « La philosophie française et la laïcité », in R. SEVE (dir.), *La laïcité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 48, 2005, p. 45.

⁷²⁶ C. KINTZLER, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2008, p. 58.

sujet incrédule déduirait de nécessaire et de juste »⁷²⁷. Elle propose de faire reposer le droit sur une fiction qui consiste à s'interroger sur les droits et libertés d'un individu qui n'existe pas⁷²⁸. Elle emploie tour à tour des figures telles que celle de l'« *incrédule* » -celui qui exerce son esprit critique-, de l'« *incroyant* » -celui pour qui la forme même de la foi, et non pas simplement son contenu, est superflue-, du « *démon* » -celui qui entend « *jouir d'un statut de sujet absolu, ne dépendant de rien ni de personne* »⁷²⁹, pour mettre en exergue l'idée que la préexistence d'appartenances à des communautés de religion ou de pensée ne peut pas fonder l'association politique car l'incrédule, l'incroyant, le démon, ne s'y reconnaîtraient pas. Elle nie la nécessité de la forme de la foi pour construire une association politique, qu'elle consiste en la prise en compte de religions ou familles de pensée ou dans la reproduction d'une croyance à travers une religion civile qui en aurait les formes. La laïcité doit permettre l'existence de cet incrédule et la pleine reconnaissance de ses libertés en créant un rapport aux religions qui repose sur cette idée d'incroyance possible.

*« En entrant dans l'association, je vous demande de m'assurer que je pourrai être comme ne seront pas les autres, pourvu que je respecte les lois, lesquelles ne peuvent avoir d'autre fin ultime que de m'assurer ce droit »*⁷³⁰.

⁷²⁷ F. DUPIN, « Qu'est-ce que la laïcité ? De Catherine Kintzler », *Le Philosophoire*, 2012, n° 28, p. 196.

⁷²⁸ C. KINTZLER, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2008, p. 24 s.

⁷²⁹ *ibid.*, p. 25.

⁷³⁰ *ibid.*, p. 45.

Pour cela, le droit ne doit pas constater l'existence ou non dans les faits de telle ou telle communauté qu'il prendrait en compte. La laïcité doit être aveugle, c'est-à-dire ignorante de la donnée factuelle quand il s'agit des cultes. Elle doit permettre à toutes les libertés pensables d'exister, même dans des formes qui ne se sont pas encore exprimées. Elle s'oppose ainsi aux régimes de tolérance et aux accommodements. La laïcité est conçue comme une indifférence absolue aux religions, un « *vide expérimental* »⁷³¹ qui est, selon elle, le cadre le plus respectueux de la liberté.

258. Henri Pena-Ruiz a une approche similaire de la laïcité⁷³², fondée sur l'existence d'une donnée naturelle commune à l'ensemble de l'humanité : sa liberté.

« Ce qui concerne tous les hommes (6,7 milliards d'êtres), c'est bien l'ensemble des droits d'une humanité accomplie, mais surtout la liberté de mettre en œuvre cet accomplissement selon des figures sans modèle obligé. Ce n'est pas tant la lettre des droits qui est universelle, que la consécration qui s'y réalise du mode d'être propre

⁷³¹ « La notion d'appartenance préalable lui est donc étrangère. Le problème qui se pose n'est pas de faire exister les gens tels qu'ils sont ni les communautés telles qu'elles se manifestent dans une société donnée, mais de faire coexister toutes les libertés pensables par un dispositif qui n'a pas besoin d'en constater l'existence de fait pour les promouvoir : par un dispositif aveugle » C. KINTZLER, « La philosophie française et la laïcité », in R. SEVE (dir.), *La laïcité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 48, 2005, p. 45.

⁷³² H. PENA-RUIZ, « Laïcité : l'émancipation par l'universel », *Le Philosophoire*, 2009, vol. 31, n° 1, p. 63 ; H. PENA-RUIZ, « Laïcité : principes et enjeux actuels », *Cités*, 2004, vol. 18, n° 2, p. 63.

de l'homme : sa liberté ontologique (du grec ontos : l'être) »⁷³³.

La laïcité est, selon lui, nécessaire pour mettre en œuvre l'égalité et la liberté de manière optimale. Elle est aveugle à l'appartenance culturelle des individus, elle ne reconnaît que des individus dans l'État et non des groupements possédant des valeurs propres. Ce faisant, elle permet à chacun de choisir son appartenance ou de n'en avoir aucune. L'individu dispose des moyens de prendre de la distance par rapport à ses particularismes afin d'exercer un doute critique propre à rechercher ce qui est bon et juste pour la loi commune, dans le questionnement et la remise en question perpétuelle de ce qui est tenu pour acquis. La liberté doit être envisagée de manière abstraite, non pas en recensant ce qui est, mais en envisageant tout ce qui pourrait être car « *l'éventail des différences de fait n'épuise peut-être pas le possible, et ce n'est pas parce qu'une figure de l'humanité n'a pas été ou n'est pas encore réalisée qu'elle ne peut pas l'être* »⁷³⁴.

259. Le professeur Koubi défend également cette conception de la laïcité « sans adjectif », qui implique *in fine* une neutralité absolue de la puissance publique, et surtout pas une tolérance qui aboutit à la « *stigmatisation de la différence au lieu d'impulser un mouvement de valorisation de la notion de respect* »⁷³⁵.

⁷³³ H. PENA-RUIZ, « Laïcité : l'émancipation par l'universel », *Le Philosophe*, 2009, vol. 31, n° 1, p. 63.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ G. KOUBI, « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDP*, 1997, n°5, p. 1306.

260. **Les critiques formulées à l'égard des conceptions rigides de la séparation du politique et du religieux.** Pour certains auteurs, une telle conception de la laïcité n'est pas adaptée à une protection efficace des droits et libertés. Cette critique est celle formulée par Catherine Audard notamment, dont la pensée s'inspire beaucoup de celles de John Rawls et Jürgen Habermas. Elle rappelle que l'humanisme séculier prétendant à la neutralité n'est précisément pas neutre. Il repose sur une conception particulière de l'humanité, héritée de la pensée *jus naturalis* : « *Aussi bien le christianisme que le rationalisme des Lumières qui a influencé la sécularisation des États modernes interprètent la pluralité des confessions religieuses comme étant un phénomène superficiel. En effet, il s'agit de formes de pensée universalistes qui toutes supposent d'une manière ou d'une autre que, une fois les choix individuels éduqués et éclairés, l'unité de la raison humaine ou de la foi chrétienne va nécessairement l'emporter sur les particularismes (...) La conséquence est un dogmatisme dangereux qui nie tout espace pour la liberté religieuse et méconnaît le lien entre pluralisme et liberté, pourtant présent dans de nombreuses religions* »⁷³⁶. Elle y voit « *une conception appauvrie de la liberté humaine, se résumant à opérer des choix* »⁷³⁷. Selon elle, on définit à tort la liberté de conscience comme une liberté de choix. La religion n'est généralement pas vécue comme un choix mais comme un devoir⁷³⁸. En ce sens c'est une liberté qui relève bien davantage de l'identité que de la pensée des individus. La

⁷³⁶ C. AUDARD, « Pluralisme religieux et égalité : une critique de la laïcité » in S. GUÉRARD DE LATOUR, M.-A. DILHAC, *Étant donné le pluralisme*, Éditions de la Sorbonne, 2013, p. 105.

⁷³⁷ C. AUDARD, « Pluralisme religieux et égalité : une critique de la laïcité » in S. GUÉRARD DE LATOUR, M.-A. DILHAC, *Étant donné le pluralisme*, Paris : Éditions de la Sorbonne, 2013, pp. 105-135

⁷³⁸ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, 2009, p. 623

liberté religieuse ne devrait ainsi pas être conçue comme celle de choisir ou de renoncer à une religion, mais bien comme celle de pouvoir exercer librement sa religion, qu'on l'ait choisie ou héritée : « *chercher à privatiser la pratique religieuse, à la rendre invisible en arguant que c'est uniquement une question de foi, devient une attitude non plus de tolérance passive, mais d'incompréhension et même d'hostilité face aux besoins des pratiques religieuses* »⁷³⁹. Cette incompréhension du fait religieux génère selon elle une protection insuffisante de la liberté religieuse et une vision exclusive de la place du religieux dans le débat public. A cette neutralité autoritaire et illusoire, elle oppose l'idée de pluralisme et, se fondant sur les propositions de Rawls et Habermas, qui opèrent les mêmes critiques de la laïcité, elle propose de repenser le débat public et la construction du droit, non pas à partir d'un vide préexistant et d'une négation de principe de la place des religions dans ce débat, mais par un processus dans lequel les autorités religieuses participent à la détermination du droit : « *au lieu d'exclure les religions du débat public au nom de la neutralité, l'égalité réelle des citoyens serait mieux respectée malgré leurs différentes appartenances religieuses, si se développait une éthique de la discussion appliquée à « la conversation intelligente entre religieux et laïcs » (Charles Taylor) et à la diversité de leurs opinions* »⁷⁴⁰.

261. Catherine Audard oppose laïcité et pluralisme en partant du postulat que la laïcité, notamment la laïcité française, est

⁷³⁹ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, 2009, pp. 624-625

⁷⁴⁰ C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, 2009, pp. 644-645

absolument opposée et incompatible avec l'idée de pluralisme :

« L'État laïc par définition dévalorise ce caractère à la fois sacré et transcendant des devoirs religieux (...) Cette conception de la rationalité est au fondement de la politique de la laïcité. Celle-ci est doublement alliée au monisme philosophique. Tout d'abord, elle a été modelée par une histoire unique : celle des conflits entre l'Église catholique et l'État-nation émergent. D'autre part, elle est l'image en miroir de l'universalisme chrétien (catholique). La spécificité historique française a été la construction de la nation grâce au rôle de l'État, en conflit ouvert avec les ambitions hégémoniques de l'Église catholique. Cela explique le caractère singulier pris par la laïcité en France. Au lieu d'être vouée à la tolérance et au pluralisme, elle est devenue un symbole de l'identité nationale. Beaucoup plus qu'une base commune d'entente, c'est une morale civique qui se veut indépendante de toute religion et, comme telle, fondamentalement exclusive et intolérante vis-à-vis des minorités »⁷⁴¹

262. **Une laïcité française prise entre ces deux conceptions.** Ces deux approches théoriques assez opposées reflètent mal la réalité de la laïcité en France et la critique qu'elles opèrent doit ainsi être relativisée. Les tenants de la laïcité sans adjectif en proposent une vision qui n'est pas celle mise en œuvre en France puisque la laïcité française, n'a jamais été une laïcité

⁷⁴¹ C. AUDARD, « Pluralisme religieux et égalité : une critique de la laïcité » in S. GUÉRARD DE LATOUR, M.-A. DILHAC, *État donné le pluralisme*, Paris : Éditions de la Sorbonne, 2013, pp. 105-135.

aveugle aux différents cultes, mais attachée à la prise en compte de ceux-ci, soit pour les limiter davantage lorsqu'ils inquiètent, soit pour consentir à des assouplissements du cadre juridique lorsque leur plein exercice le justifie. La laïcité française n'est pas une laïcité aveugle. Elle n'est par conséquent pas non plus, comme le suggère Catherine Audard, complètement hostile ou ignorante du fait religieux. La construction juridique de la laïcité en France n'est pas allée au bout de la neutralité, et n'exclue pas par principe toute forme de prise en compte du pluralisme religieux. Finalement, ces différents courants de pensée de la laïcité ont en commun d'en faire un principe tourné vers la protection des droits et libertés. La différence entre eux résulte surtout du fait que les premiers recherchent le meilleur moyen de garantir la liberté de pensée quand les second recherchent le meilleur moyen de garantir la liberté de conscience et de religion.

263. Les notions d'ordre public et de laïcité trouvent dans le libéralisme au fondement de l'ordre juridique le terreau idéologique sur lequel elles se développeront en tant que notions protectrices des droits et libertés. Cette finalité est commune aux deux notions et peut difficilement être démentie par l'observation de leurs exigences juridiques. La portée de ces dernières, en effets, a largement été déterminée au regard de celle-ci.

SECTION SECONDE. UNE PORTEE JURIDIQUE LARGEMENT DETERMINEE PAR LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTES

264. Selon Jean-François Amedro, il y a un « *tropisme libéral* » au moment de l'élaboration de la loi de Séparation⁷⁴² qui éclaire largement le sens et l'étendue des exigences de la laïcité. Ce tropisme a guidé la main du législateur chaque fois qu'il a été question de déterminer la portée des exigences de la laïcité et la sévérité de la police des cultes. Cette inspiration libérale a largement servi ensuite au juge, particulièrement au juge administratif, lorsqu'il s'est agi de préciser la portée pratique de chacune des notions. La protection des droits et libertés apparaît véritablement comme l'élément essentiel de détermination des contours juridiques des notions d'ordre public et de laïcité. Elle éclaire à la fois la distinction qui a pu être opérée entre elles (I) et la portée propre de chacune (II).

I. LE ROLE DE LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES DANS LA DELIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION RESPECTIF DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

265. La distinction des champs d'application des notions d'ordre public et de laïcité a été présentée en amont⁷⁴³. Elle participe de la définition de la laïcité comme un principe organique dont les exigences par elles-mêmes ne produisent des effets qu'à l'égard des moyens de l'action publique, et de la

⁷⁴² J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République*, thèse soutenue le 27 janvier 2011, non publiée, p. 106.

⁷⁴³ Cf. *supra* § 136 s.

confirmation que l'exercice des activités privées est encadré de manière privilégiée par l'ordre public. Cette détermination aurait pu être tout autre car, ainsi que cela a été souligné également, la laïcité a des contours variables selon que l'on aborde celle-ci en tant que principe juridique législatif ou constitutionnel et davantage encore lorsqu'on la considère dans ses aspects idéologiques ou politiques. Guidant la main du législateur, la garantie des droits et libertés a inspiré une laïcité minimaliste : elle sépare mais ne limite pas de manière autonome les droits et libertés.

266. **Les lois scolaires.** La première des libertés à avoir été consciemment exclue du champ restrictif de la laïcité est la liberté de l'enseignement. Le courant idéologique libéral qui irrigue la culture de la laïcité a aussi inspiré certains des textes qui ont précédé la loi de 1905. Au moment du vote des lois scolaires, la question du monopole étatique de la mission d'enseignement s'est posée. Il représentait sans doute le meilleur moyen pour l'État de limiter l'influence de l'église sur les futurs citoyens. Pierre-Henri Prélôt insiste sur le fait que si le choix a été fait de conserver la possibilité de créer des écoles privées, c'est autant par pragmatisme et par opportunisme politique que par souci de liberté :

« Les années de la République anticléricale sont marquées par des affrontements extrêmement violents, et l'on peut légitimement penser que les hommes alors au pouvoir n'auraient pas hésité à engager un rapport de force sur la question de la liberté de l'enseignement, si d'autres raisons ne les en avaient pas détournés (...) les raisons de ce paradoxe tiennent dans le fait que les républicains de l'époque sont fondamentalement des libéraux, et qu'ils sont en quelque sorte « prisonniers » de

cette contradiction, consistant d'un côté à vouloir mettre en place un système d'instruction publique afin de consolider définitivement les institutions républicaines et la démocratie, et de l'autre à garantir l'absolue neutralité de l'État en matière de conscience. La liberté de l'enseignement leur apparaît alors comme un compromis certes pas complètement satisfaisant, mais néanmoins nécessaire, pour protéger la liberté de conscience de ceux qui refusent encore l'école publique laïque, en attendant de les convaincre un jour »⁷⁴⁴.

Les lois scolaires permettent ainsi aux familles de bénéficier, pour leurs enfants, d'un enseignement public gratuit et laïque. En ce sens il est respectueux de la liberté de conscience. Mais au nom de cette dernière, il apparaissait délicat de les priver de la possibilité d'accéder à un enseignement conforme à leurs convictions. L'encadrement des établissements scolaires privés repose donc presque uniquement sur la protection de l'ordre public. Aux termes de l'article L. 441-1 du Code de l'éducation, l'opposition à l'ouverture d'un établissement scolaire privé n'est possible, hormis les conditions tenant à la capacité et aux aptitudes des personnes qui ouvrent l'établissement et du directeur de l'établissement, et celles tenant au caractère réellement scolaire ou technique de l'établissement, que « *dans l'intérêt de l'ordre public ou de la protection de l'enfance et de la jeunesse* »⁷⁴⁵. La loi du 24 août 2021 a ajouté à ces motifs celui tenant à la prévention d'une

⁷⁴⁴ P.-H. PRELOT, « La liberté de l'enseignement dans la séparation des Églises et de l'État (1879-1905) », *RDP*, 2006, n°3, p. 617.

⁷⁴⁵ Art. L. 441-1 du Code de l'éducation.

ingérence étrangère et à la protection des intérêts fondamentaux de la Nation⁷⁴⁶.

267. **La loi du 9 décembre 1905.** L'inspiration libérale a participé de la détermination des champs d'application de l'ordre public et de la laïcité au moment de la rédaction de la loi de séparation des églises et de l'État. L'article premier de la loi de 1905 pose dans un même élan le principe de la liberté de conscience et son unique limite, l'ordre public : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». Cette distinction des champs d'application au profit de l'ordre public a été consciemment choisie en raison de son caractère libéral, ainsi qu'Aristide Briand a pu le rappeler :

« placé en vedette de la réforme, le juge saura dans quel esprit tous les autres ont été conçus et adoptés. Toutes les fois que l'intérêt de l'ordre public ne pourra être légitimement invoqué dans le silence des textes ou le doute sur leur application, c'est la solution libérale qui sera conforme à la pensée du législateur »⁷⁴⁷.

Il confirme qu'en dehors de l'intérêt de l'ordre public, rien ne saurait limiter la liberté de culte. Selon Jean-François Amedro, l'ouverture de la loi par cet article n'est pas anodine : « *Cette*

⁷⁴⁶ *Ibid.*, modifié par la loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République.

⁷⁴⁷ A. BRIAND, 1905, rapport n° 2302, fait au nom de la commission relative à la séparation des églises et de l'État et à la dénonciation du concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État, p. 226.

forme de rédaction est donc justifiée par deux types de considérations. D'un point de vue théorique et politique, un article déclaratif donne une force symbolique à l'affirmation de la liberté ; il remplit alors une fonction identique que celle du titre de la loi. Et du point de vue juridique, les déclarations de principes constituent des standards d'interprétation permettant de guider l'application administrative, et surtout juridictionnelle, dans le sens de la liberté »⁷⁴⁸.

268. Les débats législatifs précédant l'adoption de la loi témoignent à différentes reprises de cette répartition des champs d'application d'inspiration libérale. Par exemple lorsqu'il s'est agi de déterminer le régime applicable aux manifestations religieuses sur la voie publique. C'est par un amendement du député Noulens que l'interdiction de ces manifestations sera retirée du projet, et lors des débats du 26 juin 1905, les députés Groussau, Noulens, Ribot et Boucher soutiennent que pour être respectueux de la liberté de culte, le texte ne doit pas les interdire par principe mais laisser la police administrative procéder à l'encadrement justifié par la protection de l'ordre public :

« Restons dans la question libérale, dans la solution vraie : c'est celle qu'indique l'amendement, c'est celle de la loi municipale de 1884 qui a été votée par une Chambre républicaine. Nous pouvons bien maintenir le droit aux maires, et aussi aux préfets, au nom de l'ordre public -mais seulement au nom de l'ordre public-

⁷⁴⁸ J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République*, thèse soutenue le 27 janvier 2011, non publiée, p. 547, § 524.

d'interdire les manifestations qui pourraient devenir dangereuses »⁷⁴⁹.

Lorsqu'a été discutée la question d'interdire le port de la soutane dans l'espace public, c'est encore une argumentation en faveur de la liberté qui est déployée, cette fois-ci par Aristide Briand :

« Il a paru à la commission que ce serait encourir, pour un résultat problématique, le reproche d'intolérance et même s'exposer à un danger plus grave encore, le ridicule (Applaudissements et rires au centre et à droite), que de vouloir, par une loi qui se donne pour but d'instaurer dans ce pays un régime de liberté au point de vue confessionnel, imposer aux ministres des cultes l'obligation de modifier la coupe de leurs vêtements »⁷⁵⁰.

269. **Jurisprudence administrative.** Cette inspiration libérale a aussi servi de guide au juge administratif face à toutes les situations dans lesquelles l'administration a tenté de fonder des restrictions sur d'autres motifs que la protection de l'ordre public. La décision Abbé Olivier fait figure de décision de principe en la matière. Le juge y rappelle *« que l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905 garantit la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public (...) il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905 et de ceux de la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres que l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce*

⁷⁴⁹ AN, délibérations sur le projet et les propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État, 43^e séance, 26 juin 1905.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

qui concerne les funérailles, de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre »⁷⁵¹. Le maire avait pris un arrêté visant à réglementer les convois funèbres qui interdisait aux membres du clergé de les accompagner en habits sacerdotaux. Dans ses conclusions, le Commissaire du gouvernement Chardenet déploie une argumentation soucieuse de l'égalité : obliger les personnes à louer un corbillard pour transporter les objets et le ministre du culte en habit à l'abris des regards induirait en pratique une différence entre les familles qui peuvent payer ce service et celles qui ne le peuvent pas pour lesquelles le prêtre devrait participer au cortège en habit civil⁷⁵². Ainsi que cela a été exposé en amont, chaque contentieux concernant l'exercice du culte a impliqué cette distinction au profit de l'ordre public. Même dans des affaires récentes, le juge rappelle que celle-ci est nécessaire à la garantie des droits et libertés, comme en 2016 à propos d'un arrêté municipal visant à restreindre le port du burkini sur les plages publiques : « *si le maire est chargé par les dispositions citées au point 4 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois. Il en résulte que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées,*

⁷⁵¹ CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier, Rec.*, p. 27355.

⁷⁵² M. CHARDENET, conclusions sur CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, in H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, 2015, LGDJ, p. 415.

nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public »⁷⁵³

270. En allant plus loin, avec Yves Gaudemet, il est possible de considérer que de cette séparation des champs d'application naît l'idée de neutralité religieuse de l'État : « *La neutralité de l'État impose en effet que les manifestations extérieures d'appartenance à une religion ne puissent jamais être encadrées, interdites ou réprimées en tant que telles, mais uniquement en ce que, par leur mode d'expression, elles sont susceptibles, compte tenu d'autre part des circonstances de temps et de lieu, de troubler l'ordre public ou de compromettre à l'excès l'exercice d'autres libertés publiques* »⁷⁵⁴. En effet, refuser de connaître du caractère culturel d'une activité pour la restreindre participe de l'ignorance de l'État à l'égard des convictions religieuses. Le caractère religieux n'emporte par lui-même pas de fondement spécifique pour limiter l'exercice des libertés intellectuelles et collectives⁷⁵⁵. L'inverse aurait impliqué que l'État soit amené à connaître du contenu des convictions pour déduire le régime applicable. En plus d'être intrusive, une telle appréciation se heurterait à des difficultés pratiques dans sa mise en œuvre.

⁷⁵³ CE, 26 août 2016, n° 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*.

⁷⁵⁴ Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, 2015, n°2, p. 329.

⁷⁵⁵ Hormis, évidemment, celles qui s'appliquent aux moyens humains de l'administration.

II. LE ROLE DE LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES DANS LA DELIMITATION DE LA PORTEE DES EXIGENCES DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

271. En plus d'une délimitation du champ d'application des notions, la lecture de l'ordre public et de la laïcité à l'aune de la protection des droits et libertés a permis de limiter leur portée juridique. L'ordre public voit sa mobilisation et l'interprétation de ses exigences largement déterminées au regard de la garantie des droits et libertés (A), quand la portée des exigences de la laïcité a aussi été motivée par la volonté d'assurer la plus grande effectivité des droits et libertés (B).

A. UNE FINALITE LIMITANT LA PORTEE DES EXIGENCES DE L'ORDRE PUBLIC

272. **Proportionnalité.** De la volonté de garantir les droits et liberté nait la formation d'un ordre public dont les exigences sont finalisées et proportionnées. Le commissaire du gouvernement Corneille a, à l'occasion de ses conclusions pour l'affaire *Baldy*, rappelé la prévalence des droits et libertés sur la mesure de police⁷⁵⁶. C'est ainsi dans le cadre des libertés publiques que le contrôle du juge administratif s'est manifesté dans son étendue maximale⁷⁵⁷. Une proportionnalité dont le juge constitutionnel se saisit également parfois pour concilier les libertés fondamentales et la protection de l'ordre public⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2015, vol. 1, p. 605 s.

⁷⁵⁷ CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, *Rec.*, p. 27355 ; CE, 19 mai 1933, n° 17413, *Sieur René Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*.

⁷⁵⁸ Voir par exemple : Cons. const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la*

273. Les exigences prévues en matière de police administrative, si elles ne peuvent pas être comprises comme étant exhaustives, constituent en quelque sorte un minimum vital permettant de créer un cadre propice à l'épanouissement serein des droits et libertés. Aux termes de l'article L. 2212-2 du CGCT, « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ». Une formulation ressemblante se retrouve dans l'article L. 2215-1 du C.G.C.T. qui prévoit quant à lui les pouvoirs de police de l'État au niveau local : « *Le représentant de l'État dans le département peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques* ». Selon Baptiste Bonnet ces exigences constituent les « *composantes élémentaires* »⁷⁵⁹ de l'ordre public, celles qui sont la condition minimale d'une cohabitation paisible des individus. Il est, en effet, difficile de concevoir la vie en société sans un niveau minimum de garantie de chacune d'entre elles. Leur portée ne doit en revanche pas dépasser ce qui est nécessaire à cette cohabitation paisible. L'évolution de l'exigence de sécurité en est un bon exemple. C'est généralement l'exigence première à

loi: « *il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

⁷⁵⁹ B. BONNET, « De l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013, p. 123.

laquelle on pense en matière d'ordre public. Ce n'est pas un hasard dans la mesure où c'est bien son contraire, l'insécurité, qui serait, pour les théoriciens du contrat social⁷⁶⁰, et particulièrement Hobbes, à l'origine de l'association politique⁷⁶¹. Elle a le caractère d'une évidence : pourquoi se placer sous l'autorité de l'État, si ce n'est pour, *a minima*, en retirer une certaine sécurité ? Elle serait « *l'objet même de l'engagement en société* »⁷⁶². Plusieurs auteurs soulignent le caractère polymorphe de l'exigence de sécurité. Elle se manifeste de multiples manières, par la prévention et l'encadrement de toutes les activités ou attitudes dangereuses pour la vie et l'intégrité physique ou morale d'autrui. Elle semble avoir une importance croissante, remontant « *plus haut dans le temps* » avec l'émergence et le développement du principe de précaution⁷⁶³. A tel point que l'on a pu s'interroger

⁷⁶⁰ D. TRUCHET, *Le droit public*, PUF, Que sais-je ?, 2014, chapitre II, affirme que « *Le « contrat social » n'est-il pas fondamentalement l'échange d'une liberté contre la sécurité ? Le premier devoir de l'État est sans doute de maintenir la paix entre les hommes* ».

⁷⁶¹ T. HOBBS, *Le citoyen ou les fondements de la politique*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay à partir du livre traduit par Samuel Sorbière. Disponible en téléchargement à l'adresse suivante : http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/le_citoyen/le_citoyen.html : « *Hors de la société civile, chacun a droit sur toutes choses, si bien qu'il ne peut néanmoins jouir d'aucune. Dans une société civile par contre, chacun jouit en toute sécurité d'un droit limité (...). On ne trouve enfin hors de la société civile que l'empire des passions, la guerre, la crainte, la pauvreté, la laideur, la solitude, la barbarie, l'ignorance et la férocité ; dans une société civile, on voit, sous l'empire de la raison, régner la paix, la sécurité, l'abondance, la beauté, la sociabilité, la politesse, le savoir et la bienveillance* ».

⁷⁶² M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, 2002, p. 215 cité par M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité ? », *RSC*, 2009, p. 273.

⁷⁶³ D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité » in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du

sur l'existence d'un véritable droit à la sécurité⁷⁶⁴. On pressent tout le danger qu'il y aurait à ériger la sécurité en droit, voire en droit fondamental⁷⁶⁵ au regard des droits et libertés. Aussi, si la loi du 21 janvier 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité* érige celle-ci en « *droit fondamental* » c'est en rappelant immédiatement qu'elle est « *l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* »⁷⁶⁶. Marie-Caroline Vincent-Legoux précise ainsi que « *dans une démocratie libérale, l'ordre public protège aussi les libertés, si bien que la sécurité publique doit-être comprise de manière à assurer leur exercice effectif* »⁷⁶⁷. On peut voir avec Marc-Antoine Granger dans l'utilisation de l'adjectif « *fondamental* » un procédé « *cosmétique* »⁷⁶⁸ visant à signifier l'importance accordée à cette exigence. Le Conseil d'État a d'ailleurs refusé de voir dans l'atteinte à la sécurité une atteinte à un droit fondamental au sens de l'article L. 521-2 du CJA : « *si l'autorité administrative a pour obligation d'assurer la sécurité publique, la méconnaissance de cette obligation ne constitue pas par elle-même une atteinte grave à une liberté fondamentale* »⁷⁶⁹. Le Conseil constitutionnel pour sa part n'a pas manqué de rappeler que la « *sécurité des personnes et des biens* » était

colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 200, p. 305.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p.299 ; M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité ? », *RSC*, 2009, p. 273 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », *RDLF*, 2018 chron. n°13.

⁷⁶⁵ Selon l'interrogation de X. DUPRÉ DE BOULOIS, *ibid.*

⁷⁶⁶ Loi du 21 janvier 1995, n° 95-73, *d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, art. 1.

⁷⁶⁷ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p 354.

⁷⁶⁸ M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité ? », *RSC*, 2009, p. 273.

⁷⁶⁹ CE, ord., 20 juill. 2001, n° 236196, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*.

nécessaire « à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »⁷⁷⁰. Il est possible d'entendre la sécurité, avec le Professeur Truchet, comme un droit à « connaître et choisir ses risques » impliquant « un droit à ne courir que les risques que l'on a librement acceptés »⁷⁷¹. Ce faisant l'exigence ne constitue pas une finalité propre distincte de la garantie des droits et libertés.

274. **L'encadrement de la liberté religieuse** qui a été fait sur le fondement de l'ordre public n'excède généralement pas ce qui est strictement nécessaire à la paix sociale. A propos des sonneries de cloches, le Conseil d'État a jugé que le maire ne pouvait pas prévoir que les offices, prières et exercices religieux ne seraient annoncés qu'à une ou, exceptionnellement, deux reprises, car cela aurait pour effet d'entraver ou supprimer les sonneries de nombreux exercices ou prières, et de porter atteinte au libre exercice des cultes alors qu'il n'existe aucune justification tenant à la protection de l'ordre public. En revanche, le fait de limiter la durée des sonneries à dix ou quinze minutes permet de préserver le libre exercice des cultes tout en ménageant la tranquillité publique⁷⁷². Un arrêt du Conseil d'État de 1982 manifeste également l'exigence de proportionnalité entre l'interdiction et le but recherché. Il était question d'une association culturelle qui souhaitait organiser des réunions et cérémonies ouvertes à

⁷⁷⁰ Cons. const., 20 janvier 1981, n°81-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

⁷⁷¹ D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité » in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 200, p. 305.

⁷⁷² CE, 28 octobre 1931, *Sieur Penanguer, Rec.*, p 910.

tous dans des locaux privés. Le préfet de police de Paris a, par arrêté, interdit l'accès au public ainsi que toute forme de manifestation culturelle dans ces locaux sur le fondement de ses pouvoirs de police concernant la prévention contre les risques d'incendie et de panique dans les immeubles recevant du public⁷⁷³. Le Conseil d'État a estimé en l'espèce que si l'état des locaux était de nature à justifier l'interdiction de recevoir du public, il ne pouvait, en revanche, pas justifier une interdiction générale d'y exercer tout office ou tout culte⁷⁷⁴.

275. Déterminant la portée des exigences de l'ordre public de manière générale et participant plus spécifiquement d'une conception assez libérale de la police des cultes, la garantie des droits et libertés exerce une puissante influence dans l'ordre juridique à laquelle les exigences de la laïcité n'échappent pas.

B. UNE FINALITE LIMITANT LA PORTEE DES EXIGENCES DE LA LAÏCITE

276. Le lien entre la laïcité et la protection des droits et libertés a, en France, largement dépassé le stade de la théorie pour trouver des manifestations concrètes dans la construction juridique des exigences de la laïcité. Ainsi que le constatait Jean Rivero, « *les hommes qui ont fait l'État laïque sont, avant tout, des libéraux, imbus des principes de la Déclaration des droits ; ils ne pouvaient, sans contredire les assises de l'État libéral, passer d'un dogmatisme à un autre : même si les vérités rationnelles auxquelles ils adhéraient avec l'enthousiaste*

⁷⁷³ Art. L. 1424-3 et L. 1424-4 du CGCT.

⁷⁷⁴ CE, 14 mai 1982, n°31102, *Association internationale pour la conscience de Krishna*.

optimisme de leur temps leur paraissaient assurées de prévaloir sur les dogmes, il était impossible de confier à l'État la mission de les promouvoir ; car l'ordre juridique veut une certaine cohérence, et le libéralisme ne pouvait s'incorporer une laïcité dogmatique et agressive »⁷⁷⁵.

277. **Lois scolaires.** Lors du vote des lois scolaires, Paul Bert s'exprimait ainsi à la chambre des députés :

« il nous a paru indispensable d'affirmer au père de famille que rien ne sera enseigné dans cette école qui puisse porter atteinte à la liberté de conscience de son enfant et à la sienne propre »⁷⁷⁶.

S'exprimant sur la neutralité des programmes scolaires en 1882, Jules Ferry, alors ministre de l'Instruction publique, indiquait dans une réponse à un sénateur :

« M. Buffet me demande ce que fera le gouvernement si l'enseignement neutre, qui doit être et rester neutre dans les écoles publiques, devient un enseignement irreligieux, antireligieux et contient des attaques contre la religion catholique, contre la religion de la majorité des élèves ? Ma réponse est très simple : le premier devoir du législateur qui institue l'école neutre, notre devoir à tous, le devoir du ministre et du gouvernement qui feront appliquer cette loi, sera d'assurer de la manière la plus

⁷⁷⁵ J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, Paris : PUF, 1960, p. 635.

⁷⁷⁶ Cité par le Commissaire du gouvernement PICHAT, concl. sur CE., 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret, Pichon, Rec.*, 1911, p. 70.

scrupuleuse et la plus sévère la neutralité de l'école... Si, par conséquent, un instituteur public s'oubliait assez pour instituer dans son école un enseignement hostile, outrageant contre les croyances religieuses de n'importe qui, il serait aussi sévèrement et aussi rapidement réprimé que s'il avait commis cet autre méfait de battre ses élèves ou de se livrer contre leurs personnes à des sévices coupables »⁷⁷⁷.

Un jour chômé a été volontairement ménagé dans la semaine pour permettre que l'enseignement religieux souhaité soit dispensé en dehors de l'école. La lettre de Jules Ferry aux instituteurs rappelle la finalité libérale de l'école laïque : « *il (le législateur) a eu pour premier objet de séparer l'école de l'Église, d'assurer la liberté de conscience et des maîtres et des élèves, de distinguer enfin deux domaines trop longtemps confondus : celui des croyances, qui sont personnelles, libres et variables, et celui des connaissances, qui sont communes et indispensables à tous, de l'aveu de tous* »⁷⁷⁸. Le préambule de la Constitution de 1946 fera finalement de ce droit à l'enseignement public gratuit et laïque un droit ayant valeur constitutionnelle.

278. Si « *l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* »⁷⁷⁹, le caractère laïque de l'État n'empêche pas que celui-ci subventionne l'enseignement privé confessionnel. Cette exception, contestée par certains, au principe de non-subventionnement des cultes, est directement

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ Lettre de Jules Ferry aux instituteurs, 27 novembre 1883, reproduite dans la revue *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 109.

⁷⁷⁹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 13.

liée à la volonté de préserver la liberté d'enseignement et le droit à l'éducation qui impliquent que les parents puissent bénéficier d'un panel d'établissements ou de modes d'éducation permettant que leur enfant reçoive l'enseignement correspondant le mieux à leurs convictions. L'article 2 du premier protocole additionnel à la CESDH dispose en ce sens que « *l'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ». Le Conseil constitutionnel de son côté a rattaché la liberté d'enseignement au caractère propre des établissements qui doivent pouvoir opérer des choix pédagogiques distincts de ceux proposés par l'enseignement public⁷⁸⁰.

279. **La loi du 9 décembre 1905** prévoit d'emblée des règles protectrices de la liberté religieuse⁷⁸¹ qui impliquent parfois même la possibilité pour la puissance publique d'agir en vue d'assurer son effectivité. La faculté pour l'administration de financer des services d'aumônerie dans certains services

⁷⁸⁰ Cons. const., 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, *Liberté de l'enseignement*.

⁷⁸¹ Art. 31: « *Sont punis de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe et d'un emprisonnement de six jours à deux mois ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui, soit par voies de fait, violences ou menaces contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association culturelle, à contribuer ou à s'abstenir de contribuer aux frais d'un culte* ».

Art. 32: « *Seront punis des mêmes peines ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés dans le local servant à ces exercices* ».

publics - par exemple les *lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons* - est prévue dès l'article de 2 de la loi. Pour préserver la liberté religieuse des usagers et/ou des agents dans ces services publics clos, il était nécessaire de prévoir la possibilité d'y organiser des services d'aumônerie. La manière dont le juge apprécie cette disposition est fonction du degré d'enfermement dans lequel sont placés les usagers du service public. Ceci s'est manifesté dans le cadre des établissements hospitaliers. A cet égard, le Conseil d'État a rappelé combien la possibilité d'exercer un culte dans ces établissements était essentielle pour assurer la liberté religieuse des usagers :

« si l'assemblée départementale pouvait légalement supprimer les indemnités allouées aux ministres du culte qui assuraient les services d'aumônerie prévus à l'article 2 précité de la loi du 9 décembre 1905, lequel accorde à l'autorité compétente la faculté d'inscrire au budget les dépenses relatives auxdits services mais ne l'y oblige pas, la dérogation apportée par cette disposition à la règle générale édictée par le même article implique que le législateur a reconnu que, dans certains établissements publics, le libre exercice des cultes ne peut être sauvegardé que par la célébration des cérémonies religieuses à l'intérieur desdits établissements ; (...) que s'il lui appartenait d'édicter toutes dispositions utiles à l'effet de protéger la liberté de conscience des hospitalisés pratiquant un autre culte ou n'en pratiquant aucun et de prohiber, notamment à cette fin, les offices religieux et les prières collectives dans les salles d'hospitalisation, ni le respect de la liberté de conscience, ni celui de la neutralité des administrations publiques en matière religieuse ne légitimaient l'interdiction générale et absolue qui résulte de la délibération attaquée, qu'ainsi

la disposition contestée a été prise en méconnaissance du principe du libre exercice des cultes posé par l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905 ; qu'elle a porté aussi une atteinte grave au droit d'éducation des parents qui avaient demandé que leurs enfants, privés par les règlements en vigueur de la faculté de sortir des préventoriiums départementaux où ils étaient hospitalisés, puissent prendre part dans ces établissements aux cérémonies de leur culte et y recevoir l'enseignement religieux »⁷⁸².

Le juge ira jusqu'à voir dans la possibilité d'organiser des services d'aumônerie une obligation positive dans le cadre particulier des établissements pénitentiaires. Le Code de procédure pénale dispose que « *L'exercice de ses droits par la personne détenue ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre de l'établissement, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes, conformément aux dispositions de l'article 22 de la loi pénitentiaire* »⁷⁸³. Mais le contexte particulier justifie que l'administration ne se contente pas de « laisser faire » mais fournisse plus activement des moyens matériels destinés à assurer l'exercice du culte, sans quoi la liberté religieuse des détenus ne serait guère plus qu'une affirmation de principe. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'« *il résulte de ces dispositions que l'administration pénitentiaire, pour respecter le droit de toute personne de poursuivre lorsqu'elle est détenue, à quelque titre que ce soit, la pratique du culte dont elle se revendique, doit, dès que la demande en est sous la seule*

⁷⁸² CE, 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles*.

⁷⁸³ Art. annexe à l'article R57-6-18 du CPP issu de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, n° 2009-1436.

réserve des exigences de sécurité et de bon ordre de l'établissement ; qu'elle doit de même, dans la mesure où les locaux le permettent et dans les seules limites du bon ordre et de la sécurité, permettre l'organisation du culte dans les établissements ; que la seule facilitation des visites de droit commun de représentants du culte ne saurait satisfaire à ces obligations »⁷⁸⁴. Il a précisé que ceci doit valoir pour tous les cultes, sans que l'administration ne puisse apprécier de l'opportunité de financer un service d'aumônerie en fonction du nombre de pratiquants. Aussi, le refus de l'administration pénitentiaire d'agréer un aumônier Témoin de Jéhovah alors qu'un détenu en fait la demande ne peut pas être fondé sur le faible nombre de détenus de cette confession : « le paragraphe 2 de la règle pénitentiaire européenne n° 29, dont se prévaut le ministre et qui est, au demeurant, dénuée de portée normative, recommande simplement de proportionner le nombre d'aumôniers agréés au nombre de pratiquants mais n'a ni pour objet ni pour effet de permettre de fonder un refus d'agrément sur le faible nombre de pratiquants »⁷⁸⁵.

280. **Autres dispositions.** Des dispositions nombreuses venant conforter l'intention libérale initiale de la laïcité française peuvent désormais être identifiées dans le droit positif. Des moyens légaux pour faciliter ou encourager indirectement la construction, l'acquisition ou la rénovation de lieux de cultes sont mis à la disposition de l'administration. La loi du 19 août 1920 est une exception un peu particulière, elle prévoyait expressément et de manière dérogatoire à la loi de 1905 une subvention de 500000F pour la construction d'un Institut Musulman qui comprenait entre autres ce qui deviendra la

⁷⁸⁴ CE, 16 octobre 2013, n°351115.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

grande mosquée de Paris. La loi de finance rectificative du 29 juillet 1961 prévoit dans son article 11 que « *Les emprunts contractés pour financer la construction dans les agglomérations en voie de développement d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux par des groupements locaux ou par des associations culturelles peuvent être garantis par les départements et par les communes. Le ministre des finances et des affaires économiques est également autorisé à donner la garantie de l'État aux emprunts qui seraient émis en France pour le même objet par des groupements ou par des associations à caractère national* »⁷⁸⁶. En 2006 une ordonnance étend la possibilité pour les personnes publiques de conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA) « *en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public* »⁷⁸⁷. Des avantages fiscaux ont été prévus pour les associations religieuses, et davantage encore pour les associations culturelles. Ils sont nombreux. Il s'agit par exemple de l'exonération de la taxe foncière sur les édifices du culte⁷⁸⁸, de l'exonération des droits de mutations des dons et legs de biens immobiliers consentis à titre gratuit pour les associations culturelles et congrégations⁷⁸⁹, de réductions fiscales pour les dons faits à des associations culturelles et des établissements publics du culte⁷⁹⁰. Ces quelques exemples parmi d'autres faisaient faire par Olivier Schrameck, en 1988 déjà, le constat

⁷⁸⁶ Loi du 29 juillet 1961, n° 61-825, *de finances rectificative pour 1961*, *JORF*, 30 juillet 1961, p. 7026.

⁷⁸⁷ Ord. du 21 avril 2006, n° 2006-460, *relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques*, *JORF*, 22 avril 2006, p. 6024.

⁷⁸⁸ Art. 1382 du CGI.

⁷⁸⁹ Art. 795 du CGI.

⁷⁹⁰ Art. 200 du CGI.

de la « *fin de la laïcité fiscale* »⁷⁹¹. Au-delà de la question des lieux de culte et des avantages fiscaux, on peut compter parmi les textes participant d'une définition libérale de la laïcité l'ensemble des circulaires qui ont permis d'adapter le cadre juridique aux évolutions du contexte religieux français. Il est ainsi possible de constater qu'un grand nombre des dispositions participant de la détermination des exigences de la laïcité sont mues par une intention libérale. Ce caractère protecteur des droits et libertés est globalement conforté par l'action du juge.

281. **Le juge administratif** a largement participé d'une définition finalisée et tournée vers la protection des droits et libertés des exigences de la laïcité. Jean-François Amedro estime que « *la jurisprudence de Séparation du Conseil d'État comporte un aspect social et religieux. En effet, son orientation générale est nettement libérale et dominée par le souci d'apaisement des luttes et tensions religieuses qui agitent la France depuis la fin des années 1870* »⁷⁹². Le point de vue est partagé par la doctrine. Selon Jean-Pierre Camby le juge a procédé à « *l'apaisement par le droit* »⁷⁹³ du principe de laïcité. Dans la série d'affaires sur lesquelles il s'est prononcé le 19 juillet 2011, le Conseil d'État a, parmi les différents intérêts publics locaux pouvant fonder des assouplissements au principe de non-subsidation des cultes, semblé inclure celui qui s'attache spécifiquement à l'exercice de la liberté religieuse. Il

⁷⁹¹ O. SCHRAMECK, « La fin de la laïcité fiscale », *AJDA*, 1988, n° 4, pp. 267-269.

⁷⁹² J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République*, thèse soutenue le 27 janvier 2011, non publiée, p. 170, § 147.

⁷⁹³ Pour reprendre l'expression de J.-P. CAMBY : « Le principe de laïcité : l'apaisement par le droit ? », *RDP*, 2005, p. 3.

en va ainsi de l'affaire *Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole* dans laquelle il permet le financement par la communauté urbaine des travaux d'aménagement d'un abattoir ovin temporaire destiné à l'abattage rituel en période d'Aïd-el-Kébir :

« il résulte des dispositions précitées de la loi du 9 décembre 1905 que les collectivités publiques peuvent seulement financer les dépenses d'entretien et de conservation des édifices servant à l'exercice public d'un culte dont elles sont demeurées ou devenues propriétaires lors de la séparation des Églises et de l'État ou accorder des concours aux associations culturelles pour des travaux de réparation d'édifices culturels et qu'il leur est interdit d'apporter une aide à l'exercice d'un culte ; Considérant, toutefois, que ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ou qui sont prévues par ses statuts, construise ou acquière un équipement ou autorise l'utilisation d'un équipement existant, afin de permettre l'exercice de pratiques à caractère rituel relevant du libre exercice des cultes, à condition qu'un intérêt public local, tenant notamment à la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public, en particulier de la salubrité publique et de la santé publique, justifie une telle intervention et qu'en outre le droit d'utiliser l'équipement soit concédé dans des conditions, notamment tarifaires, qui respectent le principe de neutralité à l'égard des cultes et le principe

d'égalité et qui excluent toute liberté et, par suite, toute aide à un culte »⁷⁹⁴.

L'intérêt public local se déduit donc ici de la possibilité de pratiquer un culte dans des conditions sanitaires convenables. Deux autres affaires du même jour participent également de la volonté de garantir le libre exercice des cultes sans la qualifier d'intérêt public⁷⁹⁵.

282. **Devoir de neutralité.** Enfin, la garantie des droits et libertés apparaît comme le fondement et la limite de l'obligation de neutralité des agents du service public. Ceci a été exprimé assez clairement à l'occasion de l'avis *Mademoiselle Marteaux* rendu en 2000 par le Conseil d'État⁷⁹⁶. Le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, à l'occasion de ses conclusions a expliqué que « *c'est une garantie donnée tant aux agents, face aux aléas de la vie politique, qu'aux administrés (...) à aucun moment l'usager ne doit pouvoir douter de celle-ci* »⁷⁹⁷. La neutralité se trouve érigée en garantie générale des droits et libertés. Elle bénéficie aux administrés qui en retirent le sentiment de n'être discriminés en raison de leurs convictions

⁷⁹⁴ CE ass., 19 juillet 2011, n°309161, *Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole*.

⁷⁹⁵ Cf. *supra* § 219.

⁷⁹⁶ CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux* : « *Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses* ».

⁷⁹⁷ R. SCHWARTZ, « L'expression des opinions religieuses des agents publics en service, concl. sur CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, *RFDA*, 2001, p. 146.

religieuses mais elle bénéficie également aux agents du service public qui doivent à leur tour en retirer une absence de discrimination de la part de l'administration. Ceci justifie que le devoir de neutralité soit globalement respecté par tous les agents, y compris lorsqu'ils ne sont pas en contact avec le public. En effet, dans ces situations ce n'est pas l'intérêt des usagers qui en cause, mais plutôt celui des agents vis-à-vis de leur hiérarchie. Leur imposer un devoir de neutralité en toutes circonstances dans le cadre du service les protège en partie des discriminations religieuses qui pourraient affecter leur carrière. En revanche, il n'est pas question que la portée de ce devoir de neutralité aille au-delà de ce qui est nécessaire à cette protection. Le juge administratif a déployé une jurisprudence assez ancienne dans laquelle il s'en assure. Il a indiqué dans la décision *Demoiselle Weiss* en 1938 à propos du refus de titularisation d'une institutrice stagiaire « *qu'on ne saurait, notamment, admettre qu'en invitant, par une lettre privée, un élève-maître de l'école normale d'instituteurs de la Mayenne à assister, pendant les vacances, à certaines conférences, l'intéressée ait, en admettant même que lesdites conférences dussent avoir un caractère religieux, violé le principe de la neutralité scolaire* »⁷⁹⁸. Il n'est pas non plus possible de rejeter la candidature à un poste d'institutrice suppléante d'une personne sur le seul fondement qu'elle aurait fait ses études dans des établissements confessionnels⁷⁹⁹, ni de renvoyer un agent public sur le seul fondement de ses convictions religieuses⁸⁰⁰. L'appartenance au clergé ne fait pas non plus obstacle à l'accès à la fonction publique⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, *Rec.*, p. 379.

⁷⁹⁹ CE, 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis*, *Rec.*, p. 524.

⁸⁰⁰ CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, *Rec.*, p. 463 ; CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, *Rec.*, p. 247.

⁸⁰¹ CE ass., avis, 21 septembre 1972, n°309354.

283. Les manifestations juridiques de la laïcité confirment l'intention du législateur d'en faire un principe *a minima* compatible avec le respect des droits et libertés⁸⁰². L'évolution de ses contours normatifs sous la double impulsion des pouvoirs législatif, réglementaire et de la jurisprudence est allée plus loin en tempérant toujours plus ses exigences dans le but de garantir l'effectivité de la liberté religieuse. Elle s'avère ainsi véritablement « *emportée par la (re)définition des droits fondamentaux que porte l'extension de l'État-providence* »⁸⁰³. D'une certaine manière c'est aussi en suivant l'évolution générale du droit qu'elle s'avère, quoique de manière plus ambiguë, être reliée à la protection, plus largement, des valeurs de la République.

⁸⁰² L'utilisation du terme « compatible » semble appropriée à la situation dans la mesure où si des possibilités d'assouplissement sont des exigences de la laïcité en vertu de la protection des droits et libertés existents, aucune obligation positive n'en a jamais découlé sur ce fondement.

⁸⁰³ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.

CHAPITRE II

LA DEFENSE DES VALEURS DE LA REPUBLIQUE

284. Selon Marie-Caroline Vincent-Legoux, l'ordre public est un ordre public « *fondateur de valeurs* »⁸⁰⁴. Marie-Odile Peyroux-Sissoko considère pour sa part que « *les valeurs sont en fait les postulats sur lesquels une société repose. Elles servent de justification et d'appui au droit. Elles constituent la référence à partir de laquelle il va pouvoir tirer sa cohérence* »⁸⁰⁵. L'ordre public révèle les valeurs essentielles de la République, vers lesquelles converge également la laïcité (section première). La particularité de ces finalités est qu'elles rejaillissent de manière particulière sur les deux notions, venant modifier leurs contours classiques (section seconde).

⁸⁰⁴ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, 2001.

⁸⁰⁵ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018, p. 200.

SECTION PREMIERE. DES VALEURS INEGALEMENT DEFENDUES PAR LES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

285. « *Sous le voile de l'ordre public, on trouve dissimulé le visage des valeurs républicaines* »⁸⁰⁶. En effet, l'ordre public révèle le contenu des valeurs de la République (I), valeurs vers lesquelles converge la laïcité bien que ce lien ne soit pas d'une évidence absolue (II).

I. DES VALEURS REVELEES ET PROTEGEES PAR L'ORDRE PUBLIC

286. Le contenu de l'ordre public révèle en effet en creux ce qui est essentiel dans l'ordre juridique français. La détermination de ces valeurs n'est pas forcément d'une évidence absolue. Une démarche inductive permet de les identifier. En ce sens elles sont immanentes à la notion, qui les garantit et les révèle. Elles sont par ailleurs évolutives. Robert-Édouard Charlier décrivait en 1947⁸⁰⁷ un État « gendarme » soucieux de préserver la liberté des individus, mais également un État véhiculant des fins morales humanistes, veillant à ce que la personne humaine ne soit pas dégradée ; à ce que « *la liberté ne soit pas illusoire* »⁸⁰⁸ et à ce que des « *devoirs de socialité* »⁸⁰⁹ soient

⁸⁰⁶ A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C.-A. DUBREUIL, *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), 2013, p. 318.

⁸⁰⁷ R.-E. CHARLIER, « Les fins du droit public moderne », *RDP*, 1947, p. 126 s.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 148.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 149.

respectés. L'ordre public révèle ainsi l'existence d'un certain nombre de valeurs essentielles qui constituent les finalités de l'ordre juridique et déterminent son contenu. La principale est la dignité de la personne humaine, notion étendue qui englobe en son sein la protection des droits et libertés (I), et un contenu plus relatif et restreint, constitué par les aspects liés au mode de vie (II).

A. LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE

287. Au lendemain de la consécration par le Conseil d'État du principe de dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public⁸¹⁰, Virginie Saint-James pointait une « *variété préoccupante* »⁸¹¹ de la notion. Cette variété résulte du fait que la dignité est autant une notion qui fonde les droits et libertés, qu'une notion qui s'en distingue. Muriel Fabre-Magnan déplore un certain nombre de confusions autour de la dignité de la personne. Selon elle, « *les débats sur la dignité sont souvent faussés par une confusion des deux ordres dans lesquels cette notion se déploie : l'ordre de l'être et celui du devoir-être. La dignité en droit est de l'ordre du devoir-être. Elle pose en principe premier la valeur infinie de l'être humain ou, pour le dire en termes kantien, l'absence de*

⁸¹⁰ CE ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

⁸¹¹ V. SAINT-JAMES, « La dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.*, 1997, p. 61. Voir la diversité des utilisations de la notion dans la jurisprudence administrative : M. CANEDO-PARIS, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA*, 2008, p. 979. ; F. LLORENS, « Justice administrative et dignité humaine », *RDP*, n° 2, 1 mars 2011, p. 299 ; T. LELEU, « La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative », *RFDA*, 2015, p. 883.

prix d'un être humain »⁸¹². Elle rappelle que « *la dignité de la personne humaine n'est en définitive ni un droit subjectif ni un droit de l'homme, mais un principe* »⁸¹³. Elle agit ainsi comme un fondement de l'ordre juridique dont les conséquences pratiques sont multiples. Elle est un « *principe fondateur des droits de l'Homme* »⁸¹⁴ autant qu'un principe fondateur de droits objectifs qui peuvent les limiter. Les deux dimensions ne sont pas, à proprement parler, distinctes. C'est parce que la dignité de la personne humaine constitue la valeur essentielle de l'ordre juridique (1) qu'elle apparaît comme le fondement d'un ordre public protégeant à la fois des droits objectifs et subjectifs (2).

1. UNE VALEUR ESSENTIELLE DE L'ORDRE JURIDIQUE

288. **Une valeur induite par les textes.** La Constitution française ne dit pas grand-chose de la dignité de la personne humaine puisque le terme n'y figure même pas textuellement. Elle apparaît pourtant comme étant un fondement essentiel de l'ordre juridique. Le Conseil constitutionnel est venu consacrer et préciser les contours de la dignité de la personne humaine dans la décision *Bioéthique* en 1994 :

« le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la

⁸¹² M. FABRE-MAGNAN Muriel, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits*, 2013, n° 58, p. 167.

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ *Ibid.*

personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »⁸¹⁵.

Il y rattache les principes suivants : « *la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »⁸¹⁶. Les principes ainsi énoncés ont été posés par les « lois bioéthiques » de 1994, notamment la loi *relative au respect du corps humain*⁸¹⁷, qui rétablissent et modifient les articles 16 et suivants du Code civil. L'article 16-9 indique que ces dispositions sont d'ordre public. Le Code pénal permet également de mesurer l'importance et les contours de la dignité de la personne humaine. Il énumère un certain nombre d'infractions venant en négatif la définir. Un chapitre est consacré aux atteintes à la dignité de la personne humaine. Y sont encadrés des comportements aussi variés que les discriminations, la traite des êtres humains, la dissimulation forcée du visage, le

⁸¹⁵ Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

⁸¹⁶ *Ibid.*, cons. 18.

⁸¹⁷ Loi du 29 juillet 1994, n° 94-653, *relative au respect du corps humain*.

proxénétisme, le recours à la prostitution, l'exploitation de la mendicité, l'exploitation de la vente à la sauvette, les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité, le travail forcé et la réduction en servitude, le bizutage et le respect dû aux morts⁸¹⁸. Ces infractions sont porteuses d'une certaine définition de l'humanité : liberté, égalité, non-marchandisation, refus des dégradations de la personne.

289. **Une certaine conception de la personne humaine.** La dignité de la personne humaine postule une certaine sacralité de la personne humaine. L'adjectif « sacré » signifie « *Qui appartient à un domaine séparé, inviolable, privilégié par son contact avec la divinité et inspirant crainte et respect* »⁸¹⁹. Dans sa contribution au colloque « Aspects juridiques et éthiques sur la procréation médicalement assistée », Philippe Malaurie s'exprimait ainsi : « *Voici près de vingt-cinq siècles, la petite Antigone avait dit, pour toujours, qu'il existait des « lois non écrites, inébranlables des dieux ». Ce cri éternel, on le comprend mieux encore en le rapprochant du chœur qui le précède : « Il est bien des merveilles en ce monde, il n'en est pas de plus grande que l'homme »* »⁸²⁰. Ces éléments de sacralité on les retrouve chaque fois qu'est abordée la notion de dignité de la personne humaine. En effet, la notion de dignité de la personne humaine s'est juridiquement matérialisée à mesure que l'évolution de la société a fait émerger de nouveaux « périls » pour l'humanité⁸²¹. Le

⁸¹⁸ Voir l'intégralité du chapitre V du titre II du livre II du Code pénal, particulièrement les art. 225-1 à 225-18-1.

⁸¹⁹ CNRTL, entrée « sacré ».

⁸²⁰ P. MALAURIE, « L'homme, être juridique », *D.*, 1994, p. 97.

⁸²¹ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ*, 2007, n° 58, p. 1.

développement des techniques et connaissances a désacralisé peu à peu la personne humaine, relativisant sa place au centre de l'univers, réduisant ses caractéristiques intrinsèques à de la biologie, relativisant progressivement sa place particulière dans le vivant⁸²², allant jusqu'à permettre la manipulation du vivant comme l'on manipule les matériaux pour leur donner la forme désirée. A mesure que la primauté de la personne humaine s'estompe en fait, le droit cherche à en dessiner les contours. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a rappelé cette primauté à l'occasion d'une décision sur les lois bioéthiques. Tout l'enjeu de la notion de dignité de la personne humaine consiste ainsi dans la définition de ce qui fait la personne humaine. Cette définition est souvent apportée de manière négative par le droit, qui cherche davantage à interdire « l'inhumain ». En réalité, la notion de dignité correspond à un « *choix idéologique* »⁸²³. Un jugement de valeur, qui renvoie à une certaine définition essentialiste de l'humain, « *quelque chose qui le dépasse* »⁸²⁴. En ce sens la DUDH fait référence dans son préambule à la « *conscience de l'humanité* »⁸²⁵. La dignité laisse une large place à des formules incantatoires, précisément parce qu'elle est une notion indémontrable, un

⁸²² On sait désormais que peu de choses distinguent génétiquement l'humain de certaines espèces animales.

⁸²³ B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 41. Voir également p. 38 : « *Il n'est plus alors le principe fondateur des droits fondamentaux, mais un principe éthique mal défini et plastique propre à couvrir toutes les dérives* ».

⁸²⁴ J. LE GOFF, La dignité humaine : pas seulement un principe », *Les ogres politiques*, 2008, cité par R. HANICOTTE, « Visage caché, œil policier : la dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA*, 2010, p. 417.

⁸²⁵ « *Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme* ».

« *axiome* » selon Muriel Fabre-Magnan⁸²⁶. Quelques passages des conclusions du commissaire du gouvernement Patrick Frydman à l'occasion de l'affaire du lancer de nains s'avèrent révélateurs de ceci : « *Aussi étendue que soit la liberté d'expression, une attraction consistant ainsi, en vue de flatter les plus vils instincts, à ravalier au rang d'objet une personne handicapée à raison même de son handicap, ne nous paraît en effet pas pouvoir trouver sa place dans une société civilisée* ». Il était alors question d'interdire une activité car elle portait atteinte à un principe de dignité dont le contenu se réfère alors des aspects aussi vagues que les « *plus vils instincts* » ou la « *société civilisée* ». Autant de concepts qui reposent sur des standards moraux qui, s'ils irriguent le droit, n'y figurent que rarement explicitement. Définir la dignité de la personne humaine, c'est avant tout opérer une réflexion philosophique sur la nature humaine. Et ce que semble indiquer la notion de dignité de la personne humaine, c'est l'ambivalence de ce qu'être « humain » signifie.

2. UNE NOTION AMBIVALENTE

290. Selon Denys de Béchillon « *l'être humain digne est « celui qui disposant de soi, c'est à dire, pour l'essentiel, de son propre corps, ne contrevient pas à un modèle de comportement socialement prédéterminé comme acceptable (...) L'autre acception est au contraire celle dans laquelle la dignité de tous les êtres humains consiste en leur égale liberté de se gouverner* »⁸²⁷. La dignité de la personne humaine telle que révélée par

⁸²⁶ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ*, 2007, n° 58, p. 1.

⁸²⁷ D. DE BÉCHILLON, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux. », *RFDA*, 2010, pp. 467-468.

l'ordre public a une double dimension, objective et subjective. Elle fonde ainsi un droit objectif protégé par l'ordre public (a) mais s'avère également être au fondement de la protection des droits et libertés (b).

a. Une notion protectrice de droits objectifs

291. Bertrand Mathieu a souligné que « *le principe de dignité est essentiellement un droit objectif. En ce sens, indépendamment de toute action individuelle en vue de sa protection, il s'impose comme une obligation que chacun doit respecter* »⁸²⁸. Mireille Delmas-Marty indique quant à elle que « *Au-delà des « droits de l'homme », se pose désormais la question de la construction juridique de l'idée d'humanité* »⁸²⁹. L'individu apparaît comme étant redevable de la part d'humanité en lui car à travers elle c'est plus abstraitement de l'humanité tout entière dont il est question. Frédéric Dieu a pu écrire que « *c'est ainsi l'État qui est le créancier ultime de la dignité, l'individu en étant le débiteur et devant donc parfois rendre à l'État des comptes à propos du mauvais usage qu'il fait de sa propre dignité* »⁸³⁰. Et Muriel Fabre-Magnan précise qu'à travers la dignité on affirme « *un aspect du rapport de soi à soi qui n'est pas de la seule sphère du privé mais qui a à voir avec la sphère publique. On rejoint le premier sens du mot « dignité » : « L'humanité de l'homme est assimilable à une charge confiée », mais une charge dont on ne pourrait ni être dispensé ni se dispenser, une dignité qui, comme en son sens*

⁸²⁸ B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 39.

⁸²⁹ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 1996, p. 72.

⁸³⁰ F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCPA*, 2010, n° 48, p. 2355.

premier, ne meurt jamais (...) L'homme vit en effet entre deux mondes, le monde du réel et le monde de la représentation, c'est-à-dire le monde des sens et le monde du sens. Or, la représentation de sa propre humanité est liée à l'humanité de tous les autres, et c'est bien pour cela que nul ne peut y renoncer»⁸³¹. La dignité dépasse la personne au sens juridique du terme pour s'attacher à l'humanité. Elle implique un certain nombre de dispositions protectrices de l'embryon et du cadavre⁸³² alors qu'ils ne sont juridiquement pas des personnes. De même, certaines infractions qui ne relèvent pas explicitement de la protection de la dignité humaine peuvent s'y rattacher. C'est le cas des crimes contre l'humanité. Punis aux articles L. 214-1 et suivants du Code pénal, ils sanctionnent des comportements en raison de leur « *ignominie et de leur caractère inhumain* »⁸³³. Selon Mireille Delmas-Marty « *Comme valeur, l'humanité fonde, dans le prolongement du crime de guerre, l'interdit de l'inhumain. Il s'agit (...) d'interdire l'inhumain, en incriminant les actes contraires à la dignité humaine, ou encore contraires à « la*

⁸³¹ M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.

⁸³² Art. 16-1-1 du C. civ. : « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.*

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

Art. 16-2 : « *Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort* ».

L'art. 225-17 du Code pénal punit quant à lui l'atteinte à l'intégrité du cadavre, la violation ou la profanation de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments aux morts.

⁸³³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., PUF, 2022, entrée « humanité ».

notion même d'humanité » »⁸³⁴. Cette catégorie apparaît après la Seconde guerre mondiale, dans les statuts du Tribunal de Nuremberg. Ce sont les atrocités commises qui ont fait émerger la nécessité d'affirmer la dignité intrinsèque de l'homme. Ce n'est pas un hasard si l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1946 est proclamé « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine* ». Il en découle un très grand nombre de dispositions relevant de l'ordre public français, dont se dégagent différents interdits.

292. **Non-réification de la personne humaine.** Cet aspect est peut-être celui qui ressort avec le plus d'évidence. Il a été particulièrement souligné dans les conclusions du commissaire du gouvernement pour l'affaire du lancer de nain :

« le but du lancer de nains - et ce qui fait tout son intérêt pour le spectateur - n'est évidemment pas de lancer un poids le plus loin possible, mais de lancer avec violence, et sans aucun égard pour elle, une personne humaine, qui se trouve ainsi traitée comme un simple projectile, c'est-à-dire rabaissée au rang d'objet (...) Aussi cette attraction renvoie-t-elle - fût-ce, chez la plupart des spectateurs, inconsciemment - au sentiment obscur et profondément pervers selon lequel certaines personnes constitueraient, du fait de leur handicap ou de leur

⁸³⁴ M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, PUF, Que sais-je ?, 2018, « Introduction ».

apparence physique, des êtres humains de second rang et susceptibles, dès lors, d'être traités comme tels »⁸³⁵.

C'est donc bien autant pour protéger la personne faisant l'objet de l'attraction que les spectateurs et participants que l'interdiction est jugée légale. La dignité est une notion qui ne permet pas plus de consentir à se faire lancer que de consentir à la violence :

« Le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait en effet s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet. De même, par exemple, que la soumission délibérée d'une victime à des actes de violence n'a nullement pour effet, selon la jurisprudence judiciaire, de retirer à ceux-ci leur caractère pénalement répréhensible, le consentement du nain au traitement dégradant qu'il subit nous paraît donc ici juridiquement indifférent »⁸³⁶.

293. Réifier c'est « transformer en chose, réduire à l'état d'objet »⁸³⁷. Le droit français connaît deux catégories : les personnes et les choses. On peut disposer des choses mais pas des personnes, c'est ce que nous dit l'ordre public français, qui pénalise la traite des êtres humains⁸³⁸ et interdit la grossesse pour autrui⁸³⁹.

⁸³⁵ P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lancers de nains », concl. sur CE ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, *RFDA*, 1995, p. 1206.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ CNRTL, entrée « réifier ».

⁸³⁸ Art. 224-4-1 s. C. pén.

⁸³⁹ Art. 16-7 C. civ.

La non-réification dépasse la personne au sens juridique et vaut plus largement pour l'humanité. Une humanité qui existe donc au-delà des individus : l'atteinte au respect dû aux morts est également réprimée au titre de l'atteinte à la dignité⁸⁴⁰, tandis que l'embryon bénéficie, sinon du droit à la vie, au moins de la dignité humaine⁸⁴¹. Il est ainsi interdit de créer spécifiquement des embryons pour procéder à des recherches : seuls peuvent être utilisés les embryons surnuméraires issus d'une fécondation *in vitro* ou d'une insémination artificielle⁸⁴².

294. **Non-patrimonialité du corps humain.** Plus spécifiquement, c'est le caractère non-patrimonial de la personne humaine qui se manifeste avec le plus d'ampleur. Il est affirmé en premier lieu par l'article 16-1 du Code civil⁸⁴³. Le principe est ensuite explicité à travers plusieurs interdictions plus précises. L'article 16-4 du Code civil prohibe « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits* ». Liant le caractère non patrimonial du corps humain et le respect dû aux morts tel qu'il résulte de l'article 16-1-1 du Code civil, la Cour de cassation a confirmé l'interdiction d'exposer des cadavres humains « plastinés » au motif que « *les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ;*

⁸⁴⁰ Art. 225-17 s. du C. pén.

⁸⁴¹ Comme l'indique le Conseil constitutionnel dans la décision du 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, cons. 5.

⁸⁴² Art. L. 2151-5 du CSP.

⁸⁴³ Art. 16-1 : « *Chacun a droit au respect de son corps.*

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence»⁸⁴⁴. L'article 16-5 interdit « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits ». L'article 16-6 dispose qu'« aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ». L'article 511-2 du Code pénal punit le fait d'obtenir ou de faciliter l'obtention d'un organe contre un paiement⁸⁴⁵. L'article 511-9 punit le fait d'obtenir ou de faciliter l'obtention de gamètes contre un paiement⁸⁴⁶. L'article 511-15 pose la même interdiction concernant les embryons humains⁸⁴⁷ tandis que l'article 511-17 punit le fait de constituer, de cloner ou d'utiliser des embryons

⁸⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n° 09-67.456.

⁸⁴⁵ « Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger ».

⁸⁴⁶ « Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons ».

⁸⁴⁷ « Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains ».

à des fins industrielles ou commerciales⁸⁴⁸. Le rapport des états généraux de la bioéthique fait ressortir l'inquiétude de certaines personnes consultées quant au risque que la grossesse pour autrui n'entraîne inéluctablement une marchandisation du corps de la mère biologique et de l'enfant porté⁸⁴⁹. Aussi, la grossesse pour autrui reste pour l'heure prohibée par l'article 16-7 du Code civil⁸⁵⁰ et punie par l'article 227-12 du Code pénal⁸⁵¹.

295. Si l'on s'écarte du domaine de la médecine, on constate que cette réticence à l'égard de la marchandisation de l'être humain se manifeste à travers d'autres dispositions. Au chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne

⁸⁴⁸ « *Le fait de procéder à la conception in vitro ou à la constitution par clonage d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.*

Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ».

⁸⁴⁹ *Rapport de synthèse du Comité consultatif national d'éthique*, juin 2018, voir notamment p. 132 s.

⁸⁵⁰ « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».*

⁸⁵¹ « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.*

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

humaine, le Code pénal prohibe notamment la traite des êtres humains⁸⁵², le proxénétisme⁸⁵³ et le recours à la prostitution⁸⁵⁴ ainsi que l'exploitation de la mendicité⁸⁵⁵ et de la vente à la sauvette⁸⁵⁶. Tout ceci constituant des utilisations de la personne d'autrui à des fins marchandes. On peut par ailleurs s'interroger sur l'importance qu'a eu, consciemment ou non, le fait que M. Wachenheim se soit prêté à l'activité de lancer de nain contre rémunération. Même si cet aspect ne semble pas déterminant dans la démonstration faite par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, il y figure : « *la circonstance que la participation de l'intéressé aux spectacles incriminés donne lieu au versement d'un salaire ne nous paraît nullement de nature - nous serions tentés d'ajouter au contraire - à infléchir cette conclusion. De par sa nature même, la dignité de la personne humaine doit en effet être placée hors commerce et, sur un plan moral, nous croyons précisément pouvoir déceler, pour notre part, une circonstance aggravante, plutôt qu'atténuante, dans le fait qu'une personne acceptant de se prêter à une attraction à caractère dégradant le fasse à titre de prestation rémunérée dans le cadre d'une exploitation commerciale* »⁸⁵⁷.

296. Le caractère non-patrimonial de la personne humaine paraît essentiel car il y a des situations où c'est bien la rémunération

⁸⁵² Art. 225-4-1 à 225-4-9 du C. pén.

⁸⁵³ Art. 225-5 à 225-12 du C. pén.

⁸⁵⁴ Art. 225-12-1 à 225-12-4 du C. pén.

⁸⁵⁵ Art. 225-12-5 à 225-12-7 du C. pén.

⁸⁵⁶ Art. 225-12-8 à 225-12-10 du C. pén.

⁸⁵⁷ P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lanciers de nains », conclusions sur CE ass., 27 octobre 1995 *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, *RFDA*, 1995, p. 1206.

qui semble faire pencher la balance du côté de l'interdiction. En effet, si on ne peut pas disposer d'autrui, on peut mettre à disposition d'autrui certaines parties de son corps : le don d'éléments et produits du corps est possible, à condition qu'il soit effectué à titre gratuit⁸⁵⁸. En matière de conception des enfants, on permet donc l'interruption volontaire de grossesse⁸⁵⁹ et le don d'embryon⁸⁶⁰, mais pas le commerce des embryons. Il en est ainsi également de l'interdiction de lancer une personne atteinte d'un handicap alors qu'elle se prête volontairement et dans un but lucratif à cette activité, tandis qu'une humiliation consentie gratuitement dans la sexualité reste permise⁸⁶¹.

297. **Protection de l'espèce humaine.** L'article 16-4 du Code civil dispose que « *nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine* ». Un certain nombre d'interdiction est prévu au chapitre du Code pénal consacré aux atteintes à l'espèce humaine⁸⁶². Elles ont pour but de préserver l'intégrité de l'espèce humaine. Ainsi que l'a souligné Juliana Karila de Van « *si la société avait à se défendre depuis déjà fort longtemps contre l'instrumentalisation du vivant vers laquelle peut*

⁸⁵⁸ Art. 16-6 du Code civil. Le fait de contrevenir à ces dispositions est un délit puni à l'art. 511-4 du C. pén.

⁸⁵⁹ Art. L. 2212-1 du CSP.

⁸⁶⁰ Art. L. 2141-5 du CSP : « *A titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.*

En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6. ».

⁸⁶¹ Voir CEDH, 17 février 2005, n° 42758/98, 45558/99, *K.A. et A.D. c. Belgique*.

⁸⁶² Art. 214-1 s. du Code pénal.

conduire la recherche, elle doit maintenant faire face à la possibilité d'une « transformation dirigée du vivant ». Le savant devient potentiellement un démiurge qui pourrait un jour façonner l'homme à sa guise »⁸⁶³. Ces crimes, « ne pouvant raisonnablement être dits « contre les personnes », puisque ce n'est pas directement l'atteinte à des personnes qui est incriminée, mais celle à une valeur supérieure, qui est leur humanité »⁸⁶⁴. Ce chapitre est très complémentaire de celui qui est consacré, dans le livre V, aux « infractions en matière d'éthique biomédicale »⁸⁶⁵. Les infractions les plus connues sont l'interdiction de l'eugénisme et du clonage reproductif⁸⁶⁶. L'eugénisme est défini dans le Code pénal comme une pratique « tendant à l'organisation de la sélection des personnes »⁸⁶⁷. Il punit tant son organisation que la participation quelconque à une pratique eugénique⁸⁶⁸. Par extension, les possibilités de pratiquer un diagnostic prénatal ou un diagnostic préimplantatoire sont très encadrées par les articles L. 2131-1 et suivants du Code de la santé publique. En effet, ces diagnostics permettent techniquement de rechercher un très grand nombre de caractéristiques génétiques du futur enfant. Le droit limite cette recherche à certaines maladies ou handicaps graves, ou à l'identification de caractéristiques permettant de sélectionner un embryon dont les cellules souches -issues du sang placentaire ou, plus tard, de la moelle osseuse- permettront de soigner de façon définitive le premier

⁸⁶³ J. KARILA DE VAN, « Le corps et la morale », *LPA*, 16 juin 1995, n° 72, p. 11.

⁸⁶⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial infractions du Code pénal*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2018, § 783.

⁸⁶⁵ Art 511-1 s. du C. pén.

⁸⁶⁶ Art. 214-2 du C. pén.

⁸⁶⁷ Art. 214-1 du C. pén.

⁸⁶⁸ Art. 511-1 à 511-3 du C. pén.

enfant du couple atteint d'une maladie orpheline rare se traduisant par une défaillance de la moelle osseuse⁸⁶⁹. Cet encadrement est d'autant plus nécessaire que ces diagnostics peuvent aboutir à une interruption médicale de grossesse⁸⁷⁰ ou à la destruction des embryons. Quant aux embryons ayant fait l'objet de recherches dans le cadre l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique⁸⁷¹, ils ne peuvent pas être utilisés à des fins de gestation. Ceci pour éviter tout risque que les manipulations génétiques n'aboutissent à la venue au monde d'un enfant. En toutes hypothèses, la création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite⁸⁷². Le clonage reproductif est également puni, à la fois pour les personnes qui procèdent aux manipulations visant à faire naître un enfant génétiquement identique à un autre⁸⁷³, et pour celles qui se prêtent au prélèvement des cellules ou gamètes nécessaires⁸⁷⁴. Quant au clonage d'embryons *in vitro* à des fins industrielles,

⁸⁶⁹ Art. L. 2131-4-1 du CSP. Ajouté en 2011, il permet l'utilisation de la fécondation *in vitro* dans le cadre de la procédure du « bébé-médicament ».

⁸⁷⁰ Art. L. 2213-1 du CSP.

⁸⁷¹ « *L.- Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation. Un protocole de recherche conduit sur un embryon humain ou sur des cellules souches embryonnaires issues d'un embryon humain ne peut être autorisé que si :*

1° La pertinence scientifique de la recherche est établie ;

2° La recherche, fondamentale ou appliquée, s'inscrit dans une finalité médicale ;

3° En l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ;

4° Le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires (...) »

⁸⁷² Art. L. 2151-2 du CSP.

⁸⁷³ Art. 214-2 du C. pén.

⁸⁷⁴ Art. 511-1 du C. pén.

commerciales, thérapeutiques ou de recherche, il est également puni, quoique moins sévèrement⁸⁷⁵.

298. **Crimes contre l'humanité.** Par extension, les crimes contre l'humanité sont également un moyen de protéger l'intégrité de l'espèce humaine, mais une intégrité qui n'est pas forcément comprise en un sens biologique. Xavier Bioy et Jean-Paul Costa soulignent que « *le crime contre l'humanité, comme les traitements inhumains et dégradants, dessine en ombres chinoises les contours de l'humanité ou de « l'humanité » de la personne (...)* La notion de crime contre l'humanité se réfère clairement à l'humanité de chacune des victimes, mais cette incrimination n'écarte pas la dimension collective qui se retrouve dans l'imprescriptibilité »⁸⁷⁶. Dans leur opinion concordante sur l'affaire Erdemovic, les juges McDonald et Vohrah s'expriment ainsi : « *De par leur nature même, les crimes contre l'humanité diffèrent en principe des crimes de guerre. Tandis que les règles proscrivant les crimes de guerre concernent le comportement criminel de l'auteur d'un crime directement envers un sujet protégé, les règles proscrivant les crimes contre l'humanité concernent le comportement d'un criminel non seulement envers la victime immédiate mais aussi envers l'humanité toute entière* »⁸⁷⁷. C'est bien en raison de l'atteinte qu'ils portent à l'humanité en tant que valeur que ces crimes sont punis. Cette atteinte découle bien sûr d'une part d'une atteinte numériquement importante. En effet, ils

⁸⁷⁵ Art. L. 2163-3 s. du CSP.

⁸⁷⁶ X. BIOY, J.-P. COSTA, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2020, p. 187.

⁸⁷⁷ Cité par M. DELMAS-MARTY in M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, PUF, Que sais-je ?, 2018, « Introduction ».

impliquent, pour le génocide, la destruction d'un groupe de personnes en vertu « *d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire* »⁸⁷⁸. Mais il y a surtout un « plan », un « projet » de destruction d'une partie de l'humanité, de sa diversité, qui est contraire à l'égalité intrinsèque des individus. On retrouve cette notion de « *plan concerté* » dans les autres crimes contre l'humanité listés à l'article 212-1 du Code pénal et le fait de viser un groupe déterminé, cette fois-ci « *un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique* ».

299. **Égalité.** Un autre aspect de l'intégrité se manifeste par l'égalité : l'humanité est composée d'individus différents et qui se « valent » tous. Si l'égalité protège les droits subjectifs de chacun, notamment par l'interdiction des discriminations, elle devient aussi vectrice de la dignité comme valeur lorsqu'elle impose à chacun de se comporter « dignement ». L'affaire de la « soupe du peuple » a été l'occasion pour le juge de rappeler qu'une réunion publique en vue de distribuer de la soupe à des nécessiteux contenant du porc pouvait faire l'objet d'une interdiction. Cette distribution était organisée par l'association Solidarité des français, dont les « *motifs portés à la connaissance du public par le site internet* »⁸⁷⁹ indiquaient bien que le fait de manger du porc était une condition pour bénéficier de l'aide proposée, et qu'il fallait faire passer « *les nôtres avant les autres* ». L'intention discriminatoire de l'association relevait ainsi de l'évidence, et cette distinction négatrice de l'égalité entre les personnes a été sanctionnée sur

⁸⁷⁸ Art. 211-1 du C. pén.

⁸⁷⁹ CE, ord., 5 janvier 2007, n° 300311, *Association solidarité des Français*.

le fondement de la dignité de la personne humaine : « *l'arrêté contesté prend en considération les risques de réactions à ce qui est conçu comme une démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé (...) en interdisant par l'arrêté contesté plusieurs rassemblements liés à la distribution sur la voie publique d'aliments contenant du porc, le préfet de police n'a pas, eu égard au fondement et au but de la manifestation et à ses motifs portés à la connaissance du public par le site internet de l'association, porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de manifestation* ».

300. L'ordre public garant d'un principe objectif de dignité implique un grand nombre de dispositions impératives, qui valent dans des domaines très variés. Constituant le terreau idéologique de la protection des droits et libertés, la dignité s'exprime également dans celle-ci.

b. Une notion fondant la protection des droits et libertés

301. Le Conseil constitutionnel dans la décision Bioéthique semble lier dignité et consentement⁸⁸⁰. En effet, les formes d'asservissement et de dégradation qui sont alors visées par le Conseil ne sont plus les mêmes qu'auparavant. Intimement lié au principe d'égalité, le principe de dignité a d'abord servi de fondement à l'abolition de l'esclavage en 1848⁸⁸¹. Parmi les

⁸⁸⁰ Voir en ce sens O. CAYLA *in* G. CACASSONE et al., « Débat autour de la décision du conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *D.*, 2011, p. 1166.

⁸⁸¹ Ainsi que le souligne M. FABRE-MAGNAN : « *le décret Schoelcher du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage énonçait ainsi déjà « que l'esclavage est un*

infractions punies dans le chapitre du Code pénal consacré à la dignité, on trouve en effet les discriminations⁸⁸², la traite des êtres humains⁸⁸³ ou la dissimulation forcée du visage⁸⁸⁴. La CESDH de son côté interdit les traitements inhumains ou dégradants⁸⁸⁵ ainsi que la réduction en esclavage et le travail forcé⁸⁸⁶. Des dispositions que l'on retrouve dans la CDFUE⁸⁸⁷. Dans la décision *Bioéthique*, les éléments visés sont un peu différents. Il n'est plus question de la réduction en esclavage, mais d'autres formes de diminution de la personne humaine, tout du moins de sa capacité à consentir. L'utilisation et les interventions qui peuvent être réalisées sur le corps humain sans rechercher le consentement du patient sont considérées comme contraires à sa dignité. Une relation entre dignité et liberté que fait également la CEDH⁸⁸⁸ lorsqu'elle semble faire découler l'atteinte à la dignité de l'atteinte à la liberté⁸⁸⁹. La

attentat contre la dignité humaine » : « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ*, vol. 58, 2007, p. 1 s

⁸⁸² Art. 225-1 à 225-4 du C. pén.

⁸⁸³ Art. 225-4-1 à 225-4-9 du C. pén.

⁸⁸⁴ Art. 225-4-10 du C. pén.

⁸⁸⁵ Art. 3 du C. pén.

⁸⁸⁶ Art. 4 du C. pén.

⁸⁸⁷ Art. 4 de la CESDH : « *Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*

Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Art. 5 de la CESDH : « *Interdiction de l'esclavage et du travail forcé*

1. *Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.*

2. *Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.*

3. *La traite des êtres humains est interdite* ».

⁸⁸⁸ Voir par exemple CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 65 : « *La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention* ».

⁸⁸⁹ *Ibid.* : « *A une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très*

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne protège également, au titre consacré à la dignité, le consentement⁸⁹⁰. Enfin, la dignité étant évoquée dès la première phrase du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁸⁹¹, elle en constitue un fondement.

302. Par ailleurs, la dignité de la personne humaine découle d'une tradition ancienne de promotion de la solidarité dont les prémices sont à rechercher plusieurs siècles dans le passé⁸⁹² et qui s'est considérablement accentuée à partir de 1945 avec la création de la sécurité sociale. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 4 octobre 1945 souligne « *la préoccupation de débarrasser les travailleurs de l'incertitude du lendemain, de cette incertitude constante qui crée chez eux un sentiment d'infériorité* »⁸⁹³. Il est difficile de ne pas voir dans la volonté de mettre fin au « *sentiment d'infériorité (...) qui est la base réelle et profonde de la distinction des classes entre les possédants sûrs d'eux-mêmes et de leur avenir et les travailleurs sur qui pèse, à tout moment, la menace de la misère* »⁸⁹⁴, un souci d'égalité. Il s'agit alors de corriger les inégalités qui découlent

avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle ».

⁸⁹⁰ Art. 3 de la CDFUE : « (...) 2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi (...) ».

⁸⁹¹ « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

⁸⁹² A. DURRLEMAN, « Ordre public et solidarité » in *L'ordre public*, Dalloz, Archives de philosophie de droit, 2015, T. 58, p. 153 s.

⁸⁹³ Exposé des motifs de l'ordonnance du 4 octobre 1945, n° 45-2250, portant organisation de la sécurité sociale.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

du libéralisme pour assurer l'égalité entre les personnes. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel fait découler de l'alinéa premier du préambule de 1946, le principe de dignité⁸⁹⁵. L'être humain digne est ainsi celui qui est libre, égal en droit aux autres personnes et égal en fait lorsqu'il bénéficie de droits sociaux favorisant cette égalité. En ce sens, la dignité est le support de nombreux droits subjectifs dont la protection est assurée par l'ordre public.

303. La dignité de la personne humaine est presque de l'ordre de la métaphysique tant elle repose sur la croyance en une qualité abstraite de la personne humaine. Elle débouche sur un contenu très concret dont la protection est assurée par l'ordre public. Elle n'est toutefois pas la seule valeur essentielle de l'ordre juridique révélée par l'ordre public. L'ordre public protège un contenu qui n'est ni assimilable à la dignité dans sa dimension objective, ni assimilable à la protection des droits et libertés. Ce contenu découle directement des mœurs et de la persistance d'un contenu traditionnel que l'on peut assimiler au « mode de vie ».

⁸⁹⁵ Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal* : « Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »

B. LE *MODUS VIVENDI*

304. Les exigences relatives au *modus vivendi* feraient référence à un contenu plus situé géographiquement, plus pragmatique. Des aspects assez hétéroclites peuvent s'y rattacher. Contrairement à la dignité de la personne humaine, cette détermination repose bien moins sur une certaine philosophie de l'humain que sur les mœurs de la société à un moment donné et un certain héritage culturel. Ces exigences sont à la fois conservatrices dans leur aspect traditionnel et évolutives en ce qu'elles sont directement liées aux mœurs⁸⁹⁶. C'est ainsi que le juge a pu rappeler, concernant la contravention de diffusion d'un message contraire aux bonnes mœurs, que celles-ci doivent être appréciées **à la lumière du contexte actuel**⁸⁹⁷. La perception sociale d'un comportement joue dans ce cadre un rôle évident et peut surgir dans des domaines très divers, y compris dans des domaines que l'on pense tenus à l'écart des bonnes mœurs, à l'instar de la liberté d'expression⁸⁹⁸. Le facteur culturel peut éclairer certaines dispositions de l'ordre juridique français qui apparaissent comme étant contradictoires⁸⁹⁹. Catherine Le Bris évoque

⁸⁹⁶ P. ROLLAND soulignait notamment l'évolutivité des notions de pudeur et de décence dans sa thèse : *La liberté morale et l'ordre public*, thèse dactylographiée, Paris Panthéon-Assas, 1976, p. 140.

⁸⁹⁷ CA Paris, 20 avr. 1990, *Gaz. Pal.*, 1990, 1, p. 309.

⁸⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2015, n° 14-29.549 : 1

a Cour de cassation a considéré « *que l'évolution des mœurs comme celle des **conceptions morales** ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur* ».

⁸⁹⁹ A notamment été évoqué en amont la question de l'entretien des édifices du culte, qui tranche par ailleurs avec la séparation financière entre l'État et les cultes. *Cf. supra* § 200.

notamment la différence de traitement entre l'excision rituelle, pénalisée, et la circoncision rituelle, tolérée de fait. Selon elle, « *cette différence de traitement trouve, de toute évidence, son fondement dans le facteur culturel : la circoncision, à l'inverse de l'excision, est pratiquée sur notre territoire de manière immémoriale (...) la question n'est pas tant de savoir s'il y a objectivement mutilation que de déterminer si l'acte est socialement perçu comme tel* »⁹⁰⁰. Si, globalement le champ des mœurs a tendance à se restreindre et l'ordre public à se libéraliser, il reste des domaines où certains de ces « codes sociaux » continuent de se manifester et attestent de la persistance d'une sorte de « mode de vie à la française » qui ressort particulièrement lorsque ces exigences sont un moyen de rejeter des pratiques étrangères. Deux domaines semblent touchés par la manifestation de ces codes sociaux : celui des relations familiales (1), et celui de la décence (2).

1. LES EXIGENCES RELATIVES A UNE « VIE FAMILIALE NORMALE »

305. Plusieurs auteurs ont souligné qu'en droit de la famille l'ordre public connaît un recul au profit de l'individualisme. Il y a en effet une évolution de l'ordre public porteur de ces codes sociaux⁹⁰¹ qui tend à se restreindre en droit de la famille. Seuls certains aspects semblent désormais relever de ces « codes sociaux ».

⁹⁰⁰ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un « vivre-ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016, n° 92, p. 75.

⁹⁰¹ Voir C. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD Civ.*, 2018, p. 809.

306. **La polygamie** n'est pas admise en France, c'est ce que le droit indique dans différents domaines en rappelant systématiquement qu'il s'agit d'une interdiction qui relève de l'ordre public. Danièle Lochak parle d'un véritable « *mouvement de diabolisation de la polygamie* »⁹⁰² en droit des étrangers. Comme le soulignent à juste titre Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vignaud, cet interdit paraît en léger décalage avec l'évolution sociétale : « *il n'est pas facile d'expliquer à une partie de la population que le mariage doit être une union exclusive, tout en concédant à une autre partie que la fidélité n'est pas d'ordre public, que les libéralités faites à sa maîtresse n'ont rien d'illicite, que l'on peut conclure un contrat de courtage matrimonial si l'on est marié, et que l'invitation publique à l'adultère relève de la liberté d'expression* »⁹⁰³. Ces auteurs rappellent par ailleurs que la pratique, combattue en droit, ne saurait être évincée de fait et concerne un nombre important de familles sur le territoire français. Un autre auteur déplore pour sa part la place occupée par la défense des valeurs de la société dans l'ordre public français, « *signe que ces valeurs ne s'imposent pas ou plus d'elles-mêmes* »⁹⁰⁴.

307. Si l'on rattache l'interdiction de la polygamie aux valeurs de la République c'est parce qu'en droit des étrangers elle relève de considérations qui en sont très proches. La loi du 24 août

⁹⁰² D. LOCHAK, « Polygamie : ne pas se tromper de combat ! », *Plein droit*, 1997, n° 36-37.

⁹⁰³ J.-J. LEMOULAND, D. VIGNAUD, « Droit des couples », *D.*, 2022, p. 764.

⁹⁰⁴ J. COUARD, « Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021 », *Dr. fam.*, 2021, étude 19.

2021⁹⁰⁵ a directement confirmé ce lien entre l'interdiction de la polygamie et les valeurs de la République. La notion de « *valeurs essentielles de la communauté française* » est par ailleurs utilisée dans le contentieux de la naturalisation pour apprécier l'existence d'un défaut d'assimilation du demandeur à la société française. L'article 21-24 du Code civil dispose :

« Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'État, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République. »

« A l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française ».

La charte des droits et devoirs du citoyen français reprend assez largement des principes issus de la Constitution. Elle rappelle ce qu'il faut entendre par la liberté, l'égalité, et la fraternité. Les différentes circulaires étant intervenues pour expliquer le sens de cette condition d'assimilation indiquent notamment qu'« *un mode de vie non conforme aux us et*

⁹⁰⁵ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République.

coutumes »⁹⁰⁶ peut révéler le défaut d'assimilation du demandeur. Le défaut d'assimilation aux us et coutumes a pu être constaté concernant un demandeur à la naturalisation dans une situation de polygamie⁹⁰⁷. Le Commissaire du gouvernement Olivier Schrameck a alors indiqué que le mariage polygame était contraire à l'ordre public en vertu de l'article 147 du Code civil avant de souligner que la condition d'assimilation « *postule la nécessité de faire la preuve de modes d'expression et de vie permettant une insertion harmonieuse dans la société française* »⁹⁰⁸ pour conclure que l'administration n'a pas commis d'erreur de droit ou d'appréciation.

308. La volonté de lutter contre les situations de polygamie des étrangers en France s'est également manifestée en matière d'entrée et de séjour de ceux-ci. Dans un rapport de 1992, le Haut conseil à l'intégration avait indiqué qu'il était souhaitable que les immigrés soient mieux informés des pratiques culturelles de leur pays d'origine qui sont incompatibles avec la loi française à l'instar du mariage forcé, de la polygamie et de l'excision. Il ne se référait pas aux us et coutumes mais tout de même à des notions proches comme celle de « *tradition* » : « *Les personnes immigrées qui ont pris le parti de s'établir*

⁹⁰⁶ Voir par exemple la circulaire du ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire du 27 juillet 2010, n° NORIMIC1000113C. Une formulation déjà présente dans une circulaire du 23 avril 1952 citée par G. OLEKHNOVITVH, « La notion d'assimilation au sens des dispositions du Code civil relatives à la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 1995, n° 4, p. 880 s.

⁹⁰⁷ CE, 11 mars 1988, n° 79.172, *M. Diagne* ; CE, 28 juillet 1989, n° 78.544, *M. Kaita* ; CE, 15 janvier 1990, n° 91.404, *M. Baye Cissoko*.

⁹⁰⁸ O. SCHRAMECK, concl. sur CE, 11 mars 1988, n° 79.172, *M. Diagne*, inédites.

*durablement dans notre pays et d'y faire vivre leurs enfants, ont par là même fait le choix, conscient ou non d'une communauté nationale définie par une histoire, des traditions, et un système de valeurs »*⁹⁰⁹. Il avait également préconisé que soit interdit le regroupement familial polygamique. A partir de la loi du 24 août 1993, dite « loi Pasqua »⁹¹⁰, la vie en situation de polygamie en France devient un motif de refus et de retrait des droits au séjour des étrangers. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur cette loi et a jugé les dispositions interdisant le regroupement familial pour les familles polygames et celles permettant le retrait des titres de séjour donnés à des étrangers polygames étaient conformes à la Constitution⁹¹¹. Il a été dans le même sens en 1997 concernant l'exclusion des étrangers vivant en situation de polygamie du renouvellement de plein droit des cartes de séjour temporaire⁹¹². Le juge administratif a été plus loin encore en indiquant que ceci valait aussi pour les étrangers prétendant au renouvellement automatique de leur carte de résident⁹¹³. La loi confortant le respect des principes de la République a confirmé et renforcé l'interdit de la

⁹⁰⁹ HCI, rapport sur les conditions juridiques et culturelles de l'intégration, mars 1992, p. 25 s.

⁹¹⁰ Loi du 24 août 1993, n° 93-1027, *relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. Les lois du 24 avril 1997, n° 97-396 et du 11 mai 1998, n° 98-349 étendent cette interdiction aux demandeurs de titres ou de cartes de résidant de plein droit.

⁹¹¹ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

⁹¹² Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*.

⁹¹³ CE, 18 juin 1997, n° 162517, 162518, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, Association « France-Terre d'Asile »*, mentionné aux tables.

polygamie spécifiquement pour les étrangers⁹¹⁴. La polygamie est désormais un motif général de refus de tout titre de séjour et une clause générale d'exclusion de la protection contre les mesures d'éloignement⁹¹⁵.

309. L'importance accordée au mode de vie monogame se manifeste plus globalement dans l'interdiction qui est posée par l'article 147 du Code civil⁹¹⁶ de contracter un second mariage avant d'avoir dissout le premier, et sa sanction à l'article 433-20 du Code pénal⁹¹⁷. L'article 202-1 du Code civil admet la validité des mariages polygames légaux en vertu de la loi nationale de chacun des époux. Mais le juge judiciaire a limité la portée des droits reconnus au-delà de la première épouse⁹¹⁸. La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République prévoit que seul le premier mariage contracté conformément à l'article 147 du Code civil permet à l'épouse de bénéficier de la pension de réversion en cas de décès de l'époux⁹¹⁹.

⁹¹⁴ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 25 et art. 28. Voir également : J. COUARD, « Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021 », *Dr. fam.*, 2021, étude 19.

⁹¹⁵ S. SLAMA, « Le droit des étrangers : réacteur ou incubateur de la loi « séparatisme » ? », *Revue du droit des religions*, 2022, n° 13, p. 153.

⁹¹⁶ « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ».

⁹¹⁷ « *Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.*

Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent ».

⁹¹⁸ Cass. soc., 1^{er} mars 1973, n° 71-12.241.

⁹¹⁹ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 29.

310. **L'interdiction de l'inceste.** L'inceste fait partie des interdits fondamentaux de la société. Thématique hautement classique dans la psychanalyse, l'inceste est souvent utilisé dans les mythes, les romans, les films, ou les séries télévisées pour faire ressortir le caractère foncièrement mauvais d'un personnage⁹²⁰ ou l'horreur dont il est saisi en apprenant qu'il vit une relation incestueuse⁹²¹. Cet interdit est à la frontière entre différents aspects de l'ordre public. Il contribue à la protection de la santé publique en essayant de prévenir les conséquences d'une conception incestueuse, qui peut avoir des effets importants sur la santé des enfants nés de cette union. Il contribue aussi à la protection de l'espèce humaine, elle-même attachée à la dignité de la personne humaine. Mais l'inceste n'est pas qu'un interdit « hygiénique », c'est aussi plus largement un interdit moral qui peut donc relever de la catégorie des exigences découlant de la protection d'un certain mode de vie. Ceci ressort particulièrement du fait que le droit ne considère pas seulement certaines relations comme étant incestueuses en raison des liens du sang, mais aussi en raison de la relation sociale qui unit deux personnes⁹²². En droit français, l'inceste

⁹²⁰ On pense à Humbert Humbert, le beau-père de Lolita qui entretient avec la jeune fille une relation pédophile et incestueuse dans le roman de Nabokov. Celle-ci fuit avec un homme et après des années de recherche, il réussit à découvrir l'identité de l'homme en question et le tue avant d'être emprisonné... ou à la série *Game of thrones* dans laquelle la relation incestueuse d'un frère et d'une sœur est punie par le destin qui entraîne la mort des trois enfants nés de cette union.

⁹²¹ Il y a, bien-sûr, l'exemple d'Œdipe qui, saisit d'horreur lorsqu'il apprend qu'il a épousé sa mère, se crève les yeux... ou encore Oh Dae-Su, personnage principal du film *Old Boy* de Park Chan-Wook qui se coupe la langue avant de demander à une psychanalyste de l'hypnotiser pour lui faire perdre la mémoire lorsqu'il apprend que la femme dont il est amoureux et avec qui il entretient une relation de couple est, en réalité, sa fille.

⁹²² Famille adoptive, beaux-parents vis à vis des beaux-enfants.

n'est véritablement interdit que par le droit civil, par le prisme des empêchements au mariage et au PACS et par celui de la filiation.

311. En effet, les articles 161, 162 et 163 du Code civil disposent qu'il n'est pas possible d'épouser un ascendant en ligne directe -ce qui vaut aussi pour les « alliés », c'est-à-dire la relation entre un beau-père et sa belle-fille ou une belle-mère et son beau-fils-, un frère ou une sœur, un oncle ou une tante. La connaissance de ces empêchements avant le mariage empêche la célébration de celui-ci, et sa connaissance après le mariage permet d'en constater la nullité⁹²³. Ces interdits valent pour le PACS, excepté que ce dernier ne crée pas de lien d'alliance et donc de « relation » entre un beau-père et une belle-fille ou entre une belle-mère et un beau-fils⁹²⁴ ce qui fait que le PACS entre ces personnes reste possible mais seulement si l'union précédente entre l'ascendant et son conjoint était bien un PACS et non un mariage car, dans ce dernier cas, l'empêchement naît de la relation maritale passée et ne permet pas plus d'épouser un beau-parent devenu « allié » que de se pacser avec lui⁹²⁵. Pour ce qui est du concubinage, rien n'interdit la relation incestueuse dans les faits, mais selon le Professeur Xavier Labbé, les mécanismes qui sanctionnent ou tirent les conséquences d'une relation de concubinage ne peuvent pas s'appliquer pour un concubinage incestueux⁹²⁶.

⁹²³ Art. 184 du C. civ.

⁹²⁴ Le partenaire pacsé du père ou de la mère n'est pas considéré comme un « allié » de l'enfant.

⁹²⁵ Art. 515-2 du C. civ.

⁹²⁶ X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2012, n° GP20121129005, p. 5.

Concernant la filiation, l'article 320-2 du Code civil prohibe l'établissement de la filiation à l'égard du deuxième parent s'il existe entre lui et le premier un empêchement prévu aux articles 161 et 162 du Code civil.

312. Le droit pénal pour sa part ne sanctionne pas directement l'inceste. Pas pour lui-même en tout cas : c'est une circonstance aggravante des infractions sexuelles⁹²⁷. Ce silence du Code pénal pourrait faire douter du caractère fondamental de cet interdit dans l'ordre juridique. En effet, le droit pénal est généralement l'une des manifestations premières du caractère essentiel d'une valeur dans l'ordre juridique par la sanction qu'il apporte aux atteintes qui lui sont portées. Le Professeur Batteur y voit pour sa part la manifestation d'une « *loi du silence* »⁹²⁸ qui tend plutôt à traduire que cet interdit est si viscéral que sa révélation même par le droit est, sinon superfétatoire, taboue. Certains estiment qu'il faudrait sanctionner davantage les liaisons incestueuses, mais ce n'est clairement pas la tendance du droit qui a plutôt réduit le champ de l'inceste ces dernières décennies.

313. Si la vie familiale en France relève encore de dispositions impératives qui montrent que l'ordre public est porteur de certaines valeurs et traditions en la matière, celles-ci ont tendance à se retreindre sous le coup d'une véritable libéralisation du droit de la famille, et le mouvement naturel du droit conduire peut-être à la disparition d'un ordre public vecteur d'une certaine conception des relations familiales. Un

⁹²⁷ Art. 224-24 du C. pén. pour le viol, 222-28 pour les agressions sexuelles et 222-30 pour les agressions sexuelles sur mineur de quinze ans, 227-26 pour les atteintes sexuelles.

⁹²⁸ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste », *RTD Civ.*, 2000, p. 759.

autre domaine exprime bien l'existence de valeurs encadrant la vie en société : il s'agit de toutes les exigences relatives à la décence dans l'espace public.

2. LES EXIGENCES RELATIVES A LA DECENCE DANS L'ESPACE PUBLIC

314. Alors que les débats autour de l'existence d'un ordre public « esthétique » se sont dissipés, certains agissements individuels restent interdits car ils sont contraires à la décence. Le terme se définit usuellement comme « *réserve et mesure dans le comportement* », encore comme le « *respect des normes morales et des convenances* »⁹²⁹. L'exigence de décence est assez présente dans l'ordre juridique, de sorte qu'il est possible d'en saisir les contours. Elle est l'un des buts de la police des cimetières⁹³⁰, de la police des baignades⁹³¹, elle fonde des infractions comme le délit d'exhibition sexuelle⁹³² ou la contravention de diffusion de messages contraires à la décence⁹³³. Le Code civil en fait une exigence relative au traitement des restes des personnes décédées⁹³⁴, et c'est également une exigence particulièrement utilisée concernant la législation relative au logement. Ses utilisations juridiques convergent toutes vers la même idée. Il s'agit d'une manière d'être encadrée, standardisée, dont le but est d'éviter de choquer les esprits : à l'égard des morts, à l'égard du

⁹²⁹ CNRTL, entrée « décence ».

⁹³⁰ Art. L. 2213-9 du CGCT.

⁹³¹ Selon le juge administratif : CE, 26 août 2016, n° 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*.

⁹³² Art. 222-32 du C. pén.

⁹³³ Art. R. 624-1 du C. pén.

⁹³⁴ Art. 16-1-1 du C. civ.

dévoilement du corps, à l'égard des conditions matérielles de vie. La décence pose un seuil minimal en dessous duquel un comportement n'est plus admissible, non pas parce qu'il porterait atteinte aux droits et libertés d'autrui, mais parce qu'il porterait atteinte à une **norme comportementale objectivement déterminée** et qui rejoint l'idée commune de « savoir-vivre ». Ainsi, le message contraire à la décence est compris comme un message portant « *atteinte à la bienséance* », constituant « *une agression contre les convenances et la moralité publique* »⁹³⁵.

315. **L'exhibition sexuelle.** L'article 222-32 du Code pénal punit l'exhibition sexuelle. Cette infraction rentrait autrefois dans le cadre de l'outrage public à la pudeur⁹³⁶. Depuis 1992 c'est « *l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public* »⁹³⁷ qui est punie. Elle fait partie des atteintes à caractère sexuel, ce qui tend à l'éloigner symboliquement des aspects moraux qui allaient avec l'outrage public à la pudeur pour la rapprocher des atteintes à autrui. La nudité en elle-même était déjà considérée comme n'étant pas nécessairement attentatoire à la pudeur selon le juge. La Cour d'appel de Douai, dans un arrêt connu du 28 septembre 1989, avait indiqué que « *le spectacle de la nudité du corps humain, fréquent à notre époque, pour des raisons de sport, d'hygiène ou d'esthétique, n'a rien en soi qui puisse outrager une pudeur normale, même délicate, s'il ne s'accompagne pas de l'exhibition des parties sexuelles ou d'attitudes ou gestes lascifs*

⁹³⁵ CA Colmar, 12 juill. 1973 : Gaz. Pal. 1974, 1, p. 82, note A.T.

⁹³⁶ Art. 330 de l'ancien C. pén.

⁹³⁷ Art. 222-32 du C. pén. La suite de l'art. indique qu'elle est punie d'un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende.

et obscènes »⁹³⁸. La nudité est ainsi admise dans certains contextes : spectacle artistique, plages, camps naturistes car le contexte fait alors qu'elle est dénuée de caractère lascif ou obscène. Le Professeur Valérie Malabat rappelle que ce délit n'est toutefois pas lié à la perception que peut avoir le témoin de l'exhibition, mais par ce que le juge considère comme étant « *la pudeur de l'homme moyen, représentant la pudeur publique* »⁹³⁹, il demeure ainsi dépendant d'une certaine définition de la pudeur, qui ne peut être autre chose que la manifestation d'un code social.

316. **La diffusion de messages contraires à la décence.** Un autre geste est interdit pour sa contrariété à la décence : le fait, selon l'article 624-2 du Code pénal⁹⁴⁰, de diffuser des messages contraires à la décence. Cette infraction trouve peu

⁹³⁸ CA Douai, 28 sept. 1989, *D.*, 1991, p. 65.

⁹³⁹ V. MALABAT, « Infraction sexuelles », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, *D.*, § 126.

⁹⁴⁰ « *Le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe.*

Est puni de la même peine le fait, sans demande préalable du destinataire, d'envoyer ou de distribuer à domicile de tels messages.

Les personnes coupables des contraventions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit.

Le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation des contraventions prévues au présent article est puni des mêmes peines.

Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-41, la peine de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit».

d'applications. Du côté de la police administrative, il est possible pour un maire de limiter la diffusion de messages revêtant un caractère « licencieux ou pornographiques ». C'est ce qu'avait tenté de faire le maire de la commune de Taverny, en interdisant la distribution de journaux et feuilles d'information « *comprenant de la publicité télématique à caractère licencieux* ». Le juge administratif a censuré cette interdiction en indiquant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette distribution « *ait été de nature à porter atteinte au bon ordre ou à la tranquillité publique dans la ville* »⁹⁴¹. Cette décision, en plus d'indiquer que la décence, les bonnes mœurs ou la moralité ne sont pas des concepts extensifs, rappelle que leur détermination est éminemment liée au fait que l'atteinte qui leur serait portée pourrait aboutir à des troubles matériels graves et qui, ce faisant, indiqueraient que l'on est bien face à une exigence fondamentale.

317. **Les « outrages publics aux bonnes mœurs ».** L'outrage public aux bonnes mœurs a pour sa part été remplacé par la notion de « messages outrageants », qui regroupe les délits d'enregistrement ou de transmission en vue de la diffusion, d'exploitation ou de diffusion d'images pornographiques de mineurs⁹⁴² et de diffusion d'images à caractère violent ou pornographique à des mineurs⁹⁴³. Ces infractions sont liées à la protection des mineurs vis à vis de l'exploitation sexuelle et vis à vis d'images pouvant choquer leurs esprits encore jeunes. Ce sont des infractions dont la finalité est la protection des droits

⁹⁴¹ CE, 9 oct. 1996, n° 159192, *Commune de Taverny c/ Société Comareg Ile-de-France*.

⁹⁴² Art. 227-23 du C. pén.

⁹⁴³ Art. 227-24 du C. pén.

et libertés des mineurs. La loi du 17 juin 1998⁹⁴⁴ a quand même ajouté à l'exploitation d'images pornographiques de mineurs la notion d'images « représentant » des mineurs. Il peut ainsi s'agir d'images de synthèse, de dessins-animés, ou tout autre support visuel qui ne met pas à proprement parler une vraie personne mineure en scène mais un être pouvant être perçu comme mineur. D'ailleurs, le dernier alinéa de l'article 227-23 prévoit que l'infraction est également constituée si l'image implique une véritable personne dont l'apparence suggère qu'elle est mineure. L'exploitant doit alors prouver qu'elle ne l'était pas au moment du tournage. En sanctionnant les images représentant un mineur, l'ordre public n'est plus protecteur des mineurs eux-mêmes, mais davantage d'un contenu moral qui interdit que l'on puisse représenter la sexualité d'un mineur. Le fait d'écarter les personnes mineures de toute représentation sexuelle -alors qu'ils sont parfaitement autorisés à avoir des pratiques sexuelles, y compris avec des adultes, dès leur majorité sexuelle- est la manifestation d'un code social qui veut que si l'on accepte qu'une sexualité des mineurs existe, elle ne doit pas être perçue par autrui et surtout pas sur des supports dont la finalité est notamment de générer de l'excitation sexuelle. La loi du 5 août 2013 punit d'ailleurs la simple consultation d'un site internet pédopornographique payant -car ce faisant, l'utilisateur contribue à l'exploitation. En revanche, le seul enregistrement à caractère sexuel d'un mineur, sans diffusion à qui que ce soit, pour un usage personnel, n'est puni que s'il s'agit d'un mineur de quinze

⁹⁴⁴ Loi du 17 juin 1998, n° 98-468, *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.*

ans⁹⁴⁵. Ceci attestant encore une fois de l'aspect éminemment « social » de l'interdit posé.

II. DES VALEURS CONNECTÉES A LA LAÏCITÉ

318. Si, comme le pensait Jean Rivero, l'on réduit la laïcité à la neutralité, il est difficile d'y voir une notion qui serait porteuse de valeurs positives. Tout au plus pourrait-on la voir comme un garde-fou, qui contiendrait les valeurs incompatibles avec l'ordre juridique. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a estimé que « *les dispositions de l'article 1er 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* »⁹⁴⁶. En effet, le principe de séparation n'a *a priori* aucun contenu positif. Il impliquerait donc logiquement que la laïcité ne soit jamais vectrice des valeurs portées par l'ordre juridique français mais puisse seulement les conforter indirectement. Tel n'est pourtant pas exactement le cas. Si les exigences de la laïcité ont été pensées en lien avec la garantie des droits et libertés, elles ont aussi été pensées en lien avec les valeurs essentielles de l'ordre juridique que sont la dignité de la personne humaine ou le *modus vivendi*. La connexion entre laïcité et valeurs de la République est réalisée dans certaines approches idéologiques de la notion. Dans la conception de la laïcité défendue par les loges maçonniques et

⁹⁴⁵ Loi du 9 août 2013, n° 2013-711, *portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France*, art. 5.

⁹⁴⁶ Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*.

par le Comité laïcité république on retrouve cette idée d'une notion qui doit servir à promouvoir les valeurs de la république. De même, Henri Pena-Ruiz voit dans la laïcité une notion qui mêle la neutralité de l'État à l'égard des confessions religieuses et la promotion des valeurs attachées à la République, à l'instar de l'autonomie de jugement. Il envisage la laïcité comme un principe devant permettre de relativiser les appartenances communautaires⁹¹⁷ :

« le droit de l'individu prime sur celui que l'on serait tenté de reconnaître à la "communauté" à laquelle il est dit "appartenir" (...) Octroyer des droits à des "communautés" comme telles, ce peut donc être courir le risque de leur aliéner les individus qui ne se reconnaissent en elles que de façon mesurée et distanciée, c'est-à-dire libre. C'est du même coup se risquer à consacrer une instance de mise en tutelle ».

319. **Discours politique.** La connexion entre la laïcité et les valeurs de la République est une vieille rengaine du discours politique. Un exemple des débats de la loi de 1905 illustre cela, lorsque le député Chabert propose, dans un amendement, d'interdire le port de la soutane dans l'espace public :

« Messieurs, le costume ne rend pas seulement le prêtre prisonnier de son évêque : il le rend prisonnier de sa longue formation cléricale, prisonnier de son milieu étroit, prisonnier de sa propre ignorance, je dirai presque de sa propre sottise. (...) Voyez ce jeune prêtre qui passe dans la rue ; son regard est timide, presque fuyant, son

⁹¹⁷ H. PENA-RUIZ, « Laïcité : l'émancipation par l'universel », *Le Philosophoire*, 2009, n°31, p. 63.

pas est lent et compassé, sa tête est penchée sur l'épaule, ses mains qui se perdent dans de larges manches sont croisée sur sa poitrine (...) Eh bien ! à cet homme intelligent, je le reconnais, mais pour ainsi dire moralement déformé (Interruption), ôtez sa robe ! mêlez-le à la foule qui s'agite autour de lui ; faites qu'il puisse à son aise respirer, lever la tête, causer avec n'importe qui sans arrondir ses phrases et prendre des poses extraordinaires. C'est ainsi que vous lui ferez faire un pas immense, que vous libèrerez son cerveau. Ce n'est pas, je le répète, en tyran que je parle, mais en homme soucieux de la liberté et de la dignité humaines »⁹⁴⁸.

L'amendement avait alors été rejeté. Le débat quant au port de signes ou vêtements manifestant l'appartenance religieuse dans l'espace public devait rester clos durant un certain temps. Depuis la polémique débutée en 1989 avec l'affaire du foulard il paraît avoir été définitivement réouvert.

320. Cette conception d'une laïcité promotrice des valeurs de la République on la retrouve donc très fréquemment dans les discours politiques et ce dans tous les courants politiques, avec une nuance tenant au fait que la droite a tendance à y ajouter une coloration identitaire : la laïcité y est à la fois promotrice des valeurs républicaines universelles et des valeurs attachées à la culture et aux traditions françaises. Le contenu du « rapport Baroin » rejoint pleinement l'idée d'une laïcité connectée à la République, promotrice des valeurs qui sont les siennes :

⁹⁴⁸ AN, *délibérations sur le projet et les propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État*, 43^e séance, 26 juin 1905.

« au-delà des relations entre l'État et les églises, il y a aussi les valeurs que porte la laïcité. C'est un projet à la fois politique et social. Politique car il s'agit aussi de former des citoyens, d'émanciper des individus par rapport à leur milieu d'origine (familial, géographique et social) et de leur donner une liberté de choix. Social car cette liberté doit permettre à chacun de construire son parcours dans la société et de faire valoir ses talents (...) on a perdu le sens politique de la notion qui souffre de la remise en cause du modèle républicain (...) »⁹⁴⁹.

La droite lie la laïcité à la question de l'Islam et de l'intégration des musulmans dans la République. Aussi ne faut-il pas s'étonner que Nicolas Sarkozy ait été à l'initiative d'un grand débat sur l'identité nationale avant de le transformer en débat sur la laïcité française. Sa vision de la laïcité n'est pas, à proprement parler, neutre. Il revendique une laïcité que Jean Baubérot qualifie de « *laïcité identitaire* » en ce qu'elle « *privilegie les « racines » alors que la laïcité historique se réclamait, elle, du « progrès » !* »⁹⁵⁰. Il qualifie lui-même cette laïcité comme étant « positive », et le terme ne paraît pas anodin puisqu'il s'agit bien d'une laïcité porteuse d'un contenu positif tandis que dans sa dimension « neutre » la laïcité n'en porte *a priori* aucun. C'est également Nicolas Sarkozy, lorsqu'il était ministre de l'Intérieur de Jacques Chirac qui a recherché avec l'Union des organisations islamiques de France (UOIF) un accord pour la création du Conseil français du culte musulman (CFCM) en 2003 dans la lignée d'une politique recherchant l'émergence et l'institutionnalisation

⁹⁴⁹ F. BAROIN, *Pour une nouvelle laïcité*, 2003.

⁹⁵⁰ J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2014, p. 63.

d'un Islam de France, compatible avec les valeurs de la République.

321. **Documents normatifs.** Juridiquement, le lien entre laïcité et valeurs de la République est réalisé dans des documents dont la portée juridique est moindre. Ainsi que le souligne le Professeur Calvès, « *au-delà de son droit, c'est souvent l'esprit de la laïcité, ou sa philosophie, que les circulaires cherchent à expliciter et à promouvoir* »⁹⁵¹. Les aspects philosophiques de la laïcité sont, ainsi que cela vient d'être évoqué, en proie à toutes les utilisations politiques. Ils renvoient à un contenu hétérogène et polémique qui est précisément celui qui avait été tenu à distance par le droit français de la laïcité. Leur incursion dans des supports juridique pourrait bien nuire à l'apaisement auquel le droit français était parvenu, et ce d'autant plus que ces documents interviennent parfois dans des contextes extrêmement sensibles. C'est par exemple le cas du contexte des attentats terroristes. En janvier 2015, des phénomènes se produisent dans les écoles et viennent alerter les autorités publiques : des élèves refusent de participer à la minute de silence, des affrontements entre élèves défendant la liberté d'expression et élèves refusant que des caricatures de Mahomet soient publiées, ... La ministre de l'Éducation nationale Najat Vallaud-Belkacem et le Premier ministre Manuel Valls lancent une grande consultation nationale autour des valeurs de la République à l'issue de laquelle les programmes de l'enseignement moral et civique sont arrêtés pour la rentrée 2015. Ces programmes indiquent que « *L'enseignement moral et civique a pour but de favoriser le développement d'une aptitude à **vivre ensemble** dans une*

⁹⁵¹ G. CALVÈS, *La laïcité*, La Découverte, 2022.

République indivisible, laïque, démocratique et sociale »⁹⁵². On y découvre que l'enseignement de la laïcité occupe une place importante, mais il se trouve de nouveau englobé dans la transmission des valeurs de la République.

322. Les documents produits ou diffusés par l'administration en vue de préciser les contours de la laïcité sont nombreux⁹⁵³. Ces documents ont tendance à connecter assez explicitement la laïcité aux valeurs de la République. Ce phénomène ne doit pas étonner : modifier les contours législatifs de la laïcité, c'est modifier *a minima* l'équilibre, *a maxima* le texte de la loi de 1905. La forte valeur symbolique attachée à cette loi de la III^{ème} République dont les contours ont été précisés dans une intention libérale rend le processus politiquement délicat. Il est pourtant évident que désormais les discours politiques dominants sur la laïcité, qu'il s'agisse des allocutions à destination du public ou bien des échanges à l'occasion des travaux parlementaires en font clairement une notion vectrice des valeurs de la République. Toutes les chartes de la laïcité réalisent un lien entre laïcité et valeurs de la République. C'est particulièrement le cas de la charte de la laïcité à l'école⁹⁵⁴. Elle comporte un sous-titre aux termes duquel « *la Nation confie à l'école la mission de faire partager aux élèves les valeurs de la République* ». Le point 8 indique que « *la laïcité permet l'exercice de la liberté d'expression des élèves dans la limite du bon fonctionnement de l'École comme du respect des valeurs républicaines et du pluralisme des convictions* », le point 9 indique que la laïcité « *garantit l'égalité entre les filles*

⁹⁵² Arrêtés du 12 juin 2015, *BOEN*, 25 juin 2015, n° 6.

⁹⁵³ *Cf. supra* § 220 s.

⁹⁵⁴ Annexée à la circulaire du ministre de l'Éducation nationale du 6 septembre 2013, NOR : MENE1322761C.

et les garçons», le point 10 qu'il « *appartient à tous les personnels de transmettre aux élèves le sens et la valeur de la laïcité* ». De manière plus évasive, la charte de la laïcité de la branche CNAF avec ses partenaires fait de la laïcité « *le terreau d'une société plus juste et plus fraternelle, porteuse de sens pour les générations futures* ». On comprend aisément que la force incantatoire de la laïcité puisse constituer un outil de choix dans la promotion des valeurs de la République. Il ne faut peut-être pas percevoir davantage qu'une utilisation cosmétique de la laïcité dans ces documents.

323. La loi du 24 août 2021⁹⁵⁵ entretient de manière moins ambiguë le lien à la fois entre la laïcité et les valeurs de la République mais également entre l'ordre public et la promotion de ces valeurs. Le texte intervient dans le domaine des rapports entre l'État et les cultes. Il a vocation à lutter contre les séparatismes et se place ainsi assez clairement dans la continuité des lois inspirées par la laïcité. Cette dernière figure bien davantage qu'en toile de fond des débats. Le ministre de l'Intérieur indique à l'Assemblée Nationale : « *nous vous soumettons donc un beau texte de protection de la liberté et de la laïcité* »⁹⁵⁶. La loi a toutefois beaucoup plus d'implications à l'égard de la police des cultes qu'à l'égard directement des exigences de la laïcité. Seules les exigences de non-subventionnement et de non-reconnaissance des cultes paraissent être concernées par le texte mais de manière assez limitée. Les finalités du texte sont multiples, et le texte lui-même comporte un très grand nombre de dispositions touchant des domaines très variés. Présentant les dispositions

⁹⁵⁵ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*

⁹⁵⁶ G. DARMANIN, AN, séance du lundi 1^{er} février 2021.

relatives à l'école, le ministre de l'Éducation nationale insiste sur le fait qu'elles permettront de faire respecter les lois et valeurs de la République⁹⁵⁷, ce que confirme le ministre de l'Intérieur en indiquant que le texte a pour but d'encadrer les pratiques religieuses, notamment associatives, afin « *d'empêcher que n'y prospèrent des discours et des pratiques contraires aux valeurs de la République* »⁹⁵⁸. Bien que le terme « valeurs » de la République initialement choisi dans le projet de loi ait été largement abandonné, suivant la préconisation du Conseil d'État⁹⁵⁹, la garantie de la dignité de la personne humaine, de la liberté, de l'égalité, de la fraternité sont présentées comme étant les finalités du texte⁹⁶⁰. Ainsi qu'a pu le souligner Henri Pena-Ruiz lors de son audition par la commission spéciale à l'Assemblée nationale : « *Nous parlons de principes, qui sont également des valeurs* »⁹⁶¹. La loi

⁹⁵⁷ Il parle alternativement de « lois » et de « valeurs » de la République, les deux n'étant pas synonyme. Voir J.-M. BLANQUER, séance du lundi 1^{er} février 2021 : « *S'agissant de l'enseignement privé hors contrat, nous ne partons pas non plus de zéro, grâce à la loi Gatel, qui a été très efficace pour nous permettre d'empêcher l'ouverture d'écoles qui ne nous paraissaient pas respecter les valeurs de la République. Le projet de loi que je vous présente constitue une avancée pour ce qui est de la fermeture de ces écoles hors contrat ne respectant pas les lois de la République (...) l'instruction en famille est une sorte de vide juridique face à l'enjeu de la liberté d'enseignement en France. En préciser le cadre, c'est préciser une liberté, et donc la conforter. Il ne s'agit pas de supprimer cette modalité d'enseignement, mais de nous assurer qu'elle soit, elle aussi, conforme aux valeurs de la République* ».

⁹⁵⁸ G. DARMANIN, séance du lundi 1^{er} février 2021.

⁹⁵⁹ CE, 7 décembre 2020, n° 401549, avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, p. 12.

⁹⁶⁰ Voir, notamment, l'exposé des motifs de la loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République.

⁹⁶¹ F. BOUDIE, F. BOUDIE, 25 janvier 2021, n° 3797, rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République.

propose donc des mesures visant pour certaines à promouvoir indistinctement l'ensemble des valeurs de la République, pour d'autres une valeur est plus précisément visée. Ainsi, l'exposé des motifs⁹⁶² indique que pour protéger la dignité de la personne humaine, la loi lutte contre l'exhérédation, la polygamie, les certificats de virginité, le mariage forcé. On retrouve la double dimension de la dignité à travers la protection du consentement -l'officier d'état civil devra s'en assurer et saisir le procureur de la République s'il a un doute- et la formulation d'interdictions objectives, indépendantes du consentement de l'intéressé. C'est particulièrement le cas du refus de la polygamie et de l'interdiction des certificats de virginité qui sont, indépendamment du consentement des intéressés, considérés comme intrinsèquement contraire à l'égalité entre les hommes et les femmes. Les mesures visant à encadrer davantage l'enseignement à domicile sont justifiées par le rôle de l'école dans la transmission des valeurs de la République⁹⁶³. En dehors de l'exposé des motifs, les occurrences des expressions « valeurs de la République » ou « dignité de la personne humaine » ont été soigneusement évincées de la loi, qui préfère la notion d'égalité entre les sexes. Cette loi ne participe en toute hypothèse pas d'une évolution particulièrement significative ni des exigences de la laïcité, ni de celles de l'ordre public et ce alors que la promotion des valeurs de la République a contribué auparavant à des mutations assez remarquables de celles-ci.

⁹⁶² Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, exposé des motifs.

⁹⁶³ *Ibid.* : « *Au cœur de la promesse républicaine, l'école est le lieu des apprentissages fondamentaux et de la sociabilité, où les enfants font l'expérience des valeurs de la République* ».

SECTION SECONDE. DES NOTIONS RENOUVELEES PAR LA DEFENSE DES VALEURS DE LA REPUBLIQUE

324. La protection des valeurs républicaines justifie un encadrement des pratiques religieuses qui a tendance à modifier les contours juridiques de l'ordre public et de la laïcité de manière inédite. Ainsi c'est la contrariété du port du voile islamique à l'école avec ces valeurs qui entraîne une extension tout à fait originale de la laïcité avec la loi du 15 mars 2004 (I) et c'est également la contrariété du voile intégral avec ces valeurs qui suscite la découverte d'une exigence inédite de l'ordre public avec la loi du 11 octobre 2010 (II).

I. L'EXTENSION INEDITE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA LAÏCITE : LA LOI DU 15 MARS 2004

325. **Affaire du foulard.** L'école est le point de départ d'un renouveau conceptuel et juridique de la laïcité. En effet, la connexion entre laïcité et valeurs de la République restait plutôt discrète, sous-jacente, jusqu'à ce que « l'affaire du foulard » ne défraye la chronique en 1989 et ne marque ce qui semble être le point de départ d'un débat sur la compatibilité entre certaines pratiques religieuses et la République. Le 14 août 2017, *Libération* publie un article dans lequel la journaliste indique :

« En 1989, l'exclusion de trois collégiennes refusant d'enlever leur voile en classe provoque deux mois d'hystérie médiatique et de débats intellectuels et politiques. Plus qu'une polémique appartenant au passé,

cet événement a posé les jalons d'un débat qui se poursuit encore aujourd'hui »⁹⁶⁴.

326. Jean Baubérot souligne que « *cet incident va devenir un événement structurant, symptôme et agent d'une mutation de la laïcité en France* »⁹⁶⁵. La laïcité devait alors en partie délaissier son image d'un principe jusqu'alors plutôt envisagé comme permettant, par une séparation assouplie, l'absence d'ingérence dans la liberté de religion et la garantie du libre exercice des cultes, pour devenir un principe promoteur des valeurs de la République.

327. Ainsi, à l'époque, des intellectuels et personnalités politiques réagissent et s'insurgent publiquement. Dans une chronique publiée au *Nouvel Obs*, Elisabeth Badinter, Régis Debray, Alain Finkielkraut, Elisabeth de Fontenay et Catherine Kintzler écrivent :

« Ce n'est pas, Monsieur le Ministre, en réunissant dans le même lieu un petit catholique, un petit musulman, un petit juif que se construit l'école laïque. L'école s'efforce d'installer un espace où l'autorité se fonde sur la raison et sur l'expérience : cela est accessible à tous. A ce titre, et parce qu'elle s'adresse à tous, l'école n'admet aucun signe distinctif marquant délibérément et a priori l'appartenance de ceux qu'elle accueille. Elle ne peut admettre non plus quelque dérogation que ce soit aux programmes ou à l'emploi du temps. Le respect des

⁹⁶⁴ C. BELAÏCH, « La France face aux foulards : retour sur l'affaire de Creil », *Libération*, 14 août 2017.

⁹⁶⁵ J. BAUBÉROT, « Quelle laïcité, en Franc, face aux attentats terroristes ? », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2017, n° 43, p. 93.

traditions ne la concerne pas : ne sont respectables que les traditions et les différences qui ne contrarient ni les droits de l'homme, ni le principe du libre examen. Or, en affirmant une croyance comme étant au-dessus de tous, en affirmant une distinction de nature entre les êtres humains, le foulard islamique contredit les deux principes.

En autorisant de facto le foulard islamique, symbole de la soumission féminine, vous donnez un blanc-seing aux pères et aux frères, c'est-à-dire au patriarcat le plus dur de la planète. En dernier ressort, ce n'est plus le respect de l'égalité des sexes et du libre arbitre qui fait loi en France. D'une seule phrase, vous avez désarmé ces milliers de jeunes musulmanes qui se battent ici et là pour leur dignité et leur liberté »⁹⁶⁶.

Le point de vue défendu par les signataires de la tribune -et qui découle d'une conception particulière de la laïcité dont ils ont tous fait état dans leurs écrits- ne contredit pas nécessairement ce qui constitue le terreau intellectuel de la laïcité française, mais il contredit la construction juridique du principe : les exigences de la laïcité telles qu'elles avaient jusqu'alors été construites par le législateur et précisées par le juge administratif n'avaient pas pour vocation de promouvoir un contenu positif, mais faisaient de la laïcité un principe organique, organisant le rapport de l'État aux cultes par la séparation et le rapport de l'État par rapport aux convictions religieuses par la neutralité. La laïcité a, à partir de l'affaire du voile, regagné dans le discours politique une vocation de

⁹⁶⁶ « Foulard islamique : « Profs, ne capitulons pas ! », *Nouvel Obs*, 2 novembre 1989.

promotion des valeurs sur lesquelles la République française repose. Encore faut-il souligner que ce regain dans le discours sur la laïcité n'emporte pas modification des contours juridiques de la laïcité.

328. La question du port des signes religieux à l'école devient à partir de cette affaire un sujet politique majeur. Le Conseil d'État n'infléchit pas les solutions classiques qu'il a jusqu'alors dégagées : seul l'ordre public peut, à l'égard des usagers du service public de l'enseignement, permettre que des restrictions soient apportées au port des signes religieux.

« Le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité (...) Son exercice (la liberté religieuse) peut être limité, dans la mesure où il ferait obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation, lequel doit notamment, outre permettre l'acquisition par l'enfant d'une culture et sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d'homme et de citoyen, contribuer au développement de sa personnalité, lui inculquer le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences, garantir et favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes »⁹⁶⁷.

La liberté religieuse des élèves ne peut donc être encadrée que dans la mesure où les actes motivés par des convictions religieuses constitueraient :

⁹⁶⁷ CE int., avis, 27 novembre 1989, n° 346893, *Port du foulard islamique*.

« un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public »⁹⁶⁸.

Le juge administratif a, sur ce fondement, validé toutes les décisions qui sanctionnaient des élèves pour un acte motivé par leurs convictions religieuses lorsque celui-ci portait atteinte aux droits des autres élèves ou au bon fonctionnement de l'établissement, comme dans l'arrêt *Ligue islamique du Nord et époux Chabou et autres* où « des mouvements de protestation » de la part d'élèves et de personnes extérieures à l'établissement ont « gravement troublé le fonctionnement normal de l'établissement »⁹⁶⁹. Dans le même sens, le manquement à l'obligation d'assiduité par des élèves justifie leur exclusion définitive car il est incompatible avec la mission d'enseignement⁹⁷⁰.

329. Finalement la solution apportée n'apparaît pas satisfaisante aux yeux de certains chefs d'établissements et plus généralement aux yeux d'une partie de la classe politique. Le Président de la République nomme une commission chargée de réfléchir à l'application du principe de laïcité dans la République. Dans la lettre de mission au président de la

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ CE, 27 novembre 1996, n°170207, 170208, *Ligue islamique du nord, M. et Mme Chabou et autres*.

⁹⁷⁰ CE, 27 novembre 1996, n° 170209, *Wissaadane*.

commission, Jacques Chirac expose cette conception renouvelée de la laïcité, qui se fait promotrice de valeurs. Selon lui, le principe de laïcité « *implique* » des exigences très variées que sont : « *la neutralité du service public, le respect du pluralisme, la liberté religieuse, la liberté d'expression, mais aussi le renforcement de la cohésion et de la fraternité entre les citoyens, l'égalité des chances, le refus des discriminations, l'égalité entre les sexes et la dignité de la femme* »⁹⁷¹.

Le rapport Stasi se fera largement l'écho de cette conception de la laïcité. Il souligne, dans le même sens, que la laïcité française ne se limite pas à un principe de séparation des églises et de l'État mais implique également le respect de principes objectifs par les citoyens :

« Dans la conception française, la laïcité n'est pas un simple « 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. L'État permet la consolidation des valeurs communes qui fondent le lien social dans notre pays. Parmi ces valeurs, l'égalité entre l'homme et la femme, pour être une conquête récente, n'en a pas moins pris une place importante dans notre droit. Elle est un élément du pacte républicain d'aujourd'hui. L'État ne saurait rester passif face à toute atteinte à ce principe. Ce faisant, la laïcité ne se substitue pas à d'autres exigences spirituelles ou religieuses. Elle réitère seulement que l'État défend les valeurs communes de la société dont il est issu. Portée par une vision forte de la citoyenneté qui dépasse les

⁹⁷¹ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République*, 11 décembre 2003, p. 3.

appartenances communautaires, confessionnelles, ou ethniques, la laïcité crée à l'État des obligations à l'égard des citoyens »⁹⁷².

Il est frappant de voir que dans ce rapport les références à l'intégration sont nombreuses⁹⁷³. Dans les développements consacrés au « *sens et à l'espérance de la laïcité* » il est indiqué que « *la laïcité peut être le levain de l'intégration de tous dans la société* »⁹⁷⁴. Elle est présentée comme « *une façon de structurer le vivre-ensemble* »⁹⁷⁵. Le rapport fait clairement état d'une nouvelle finalité de la laïcité : « *la consolidation des valeurs communes qui fondent le lien social dans notre pays* »⁹⁷⁶. Il marque ainsi une véritable évolution par rapport à la loi de 1905, évolution qui est d'ailleurs clairement assumée dans la conclusion du rapport :

« La loi du 9 décembre 1905 a affirmé la séparation de l'Église et de l'État. La question laïque ne se pose plus aujourd'hui dans les mêmes termes. En un siècle la société française est devenue sous l'effet de l'immigration diverse sur le plan spirituel et religieux. L'enjeu est aujourd'hui de ménager leur place à de nouvelles religions tout en réussissant l'intégration et en luttant contre les instrumentalisation politico-religieuses. Il s'agit de concilier l'unité nationale et le respect de la diversité. La laïcité, parce qu'elle permet d'assurer une

⁹⁷² *Ibid.*, p. 15.

⁹⁷³ On compte seize occurrences hors-annexes.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 15.

vie commune, prend une nouvelle actualité. Le vivre ensemble est désormais au premier plan »⁹⁷⁷.

330. **La loi du 15 mars 2004** concrétise juridiquement le lien entre laïcité et valeurs de la République. On lit dans l'exposé de ses motifs : « *la réaffirmation du principe de laïcité à l'école, lieu privilégié d'acquisition et de transmission de nos valeurs communes, instrument par excellence d'enracinement de l'idée républicaine, paraît aujourd'hui indispensable* »⁹⁷⁸. La lecture des travaux parlementaires confirme que la dignité de la personne humaine y occupe la place principale, particulièrement à travers la question de l'égalité entre les hommes et les femmes. En effet, la question du turban sikh, qui est également un symbole religieux particulièrement visible, s'est manifestée dans le contentieux relatif à la mise en œuvre de la loi mais n'a quasiment pas été abordée durant les débats parlementaires, alors qu'il est un symbole religieux tout aussi ostensible que le voile et également porté seulement par les hommes. Le législateur n'y a tout simplement pas vu un signe dégradant à l'égard d'un de deux sexes car l'appréciation qu'il fait du voile islamique repose sur la conviction qu'il est imposé aux jeunes filles. Ainsi, les débats parlementaires précédant le vote de cette loi ont été presque entièrement axés sur la question du port du voile par les jeunes filles, et les invocations du principe de dignité ont été très nombreuses, de la part de députés de tous les bords politiques. Les condamnations du port du voile islamique ont été assez

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 66.

⁹⁷⁸ Loi du 15 mars 2004, n° 2004-228, *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*, exposé des motifs.

unanimes durant les échanges. Les exemples abondent. A gauche de l'hémicycle :

« C'est dans ce contexte qu'il faut évoquer le voile : une atteinte insupportable à l'intégrité et à la dignité des femmes, la négation de leur corps, de leurs désirs, de leur personnalité »⁹⁷⁹.

« Laïcité, égalité et dignité des femmes sont les fondements majeurs de la cohésion sociale (...) Le voile, pour une femme musulmane, ce n'est pas seulement afficher une croyance religieuse. C'est beaucoup plus. Dissimuler sa chevelure, c'est renoncer définitivement à une part de sa féminité, de son identité »⁹⁸⁰.

« Accepter le voile, c'est accepter une idée de la femme contraire à sa dignité et à son statut juridique »⁹⁸¹.

Également à droite de l'hémicycle :

« Au cœur des antagonismes d'aujourd'hui, se trouve également une certaine vision de la femme, profondément inégalitaire, portant atteinte à sa dignité et source de nombreuses discriminations incompatibles avec notre conception de la personne humaine »⁹⁸².

⁹⁷⁹ M.-G. BUFFET, AN, 2^{ème} séance du 3 février 2004.

⁹⁸⁰ C. LACUEY, AN, 3^{ème} séance du 3 février 2004.

⁹⁸¹ C. DARCIAUX, AN, 1^{ère} séance du 4 février 2004.

⁹⁸² J. BARROT, AN, 2^{ème} séance du 3 février 2004.

« Une deuxième valeur fondamentale de la République est en cause dans ce débat : l'égalité des sexes et la dignité de la femme »⁹⁸³.

« Tolérer le voile aujourd'hui, c'est interpréter demain l'excision, la polygamie ou la lapidation comme des faits culturels relevant de l'ethnologie. Nous ne sommes pas ici dans l'ordre juridique, mais bien dans celui de la dignité humaine »⁹⁸⁴.

Le voile serait donc le symbole de l'asservissement de la femme. S'il est admis que des femmes adultes puissent y consentir, il apparaît comme un devoir de la République de donner aux jeunes filles une chance d'y échapper. L'exposé des motifs de la loi rappelle cette finalité : *« L'école doit en effet être préservée afin d'y assurer l'égalité des chances, l'égalité devant l'acquisition des valeurs et du savoir, l'égalité entre les filles et les garçons, la mixité de tous les enseignements, et notamment de l'éducation physique et sportive »⁹⁸⁵*. L'argument ne paraît pas pouvoir être contredit par la CEDH, qui a clairement indiqué que le symbole est en lui-même vecteur d'une signification contraire à la Convention dans la décision *Dahlab c. Suisse* : *« Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit*

⁹⁸³ A. JUPPÉ, AN, 1^{ère} séance du 4 février 2004.

⁹⁸⁴ B. CARAYON, AN, 1^{ère} séance du 4 février 2004.

⁹⁸⁵ Loi du 15 mars 2004, n° 2004-228, *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*, exposé des motifs.

transmettre à ses élèves »⁹⁸⁶. Mais en France, la désignation d'un vêtement religieux comme étant contraire par nature à l'ordre public reste difficile à envisager compte-tenu de la conception que l'on a de la neutralité. C'est donc plus abstraitement sur la dignité de la personne humaine en général et la laïcité qu'est fondé le texte. La circulaire « Fillon »⁹⁸⁷, relative à sa mise en œuvre le confirme en indiquant que « *l'école a pour mission de transmettre les valeurs de la République parmi lesquelles l'égalité de tous les êtres humains, l'égalité entre les hommes et les femmes (...)* ». La CEDH a jugé l'interdiction posée par cette loi compatible avec l'article 9 de la Convention⁹⁸⁸.

331. L'exposé des motifs de la loi indique à deux reprises ne pas vouloir modifier le principe de laïcité tel qu'il avait bâti et appliqué jusqu'à lors :

« Il ne s'agit pas de déplacer les frontières de la laïcité ».

« Ce texte s'inscrit dans le droit fil de l'équilibre qui s'est construit patiemment depuis des décennies dans

⁹⁸⁶ CEDH, 15 février 2001, n° 42393/98, *Dahlab c. Suisse*. Voir l'analyse de N. CHAUVIN sur la distinction entre l'approche européenne et l'approche française : « Le port du foulard islamique par une enseignante à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, *Dahlab* », *RFDA*, 2003, p. 536.

⁹⁸⁷ Circ. du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la 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, *JORF*, 22 mai 2004, n° 118, p. 9033, texte n° 10.

⁹⁸⁸ CEDH, 30 juin 2009, n° 43563/08, *Aktas c. France* ; n° 14308/08, *Bayrak c. France* ; n° 18527/08, *Gamaleddyn c. France* ; n° 29134/08, *Ghazal c. France* ; n° 25463/08, *J. Singh c. France* et n° 27561/08, *R. Singh c. France*.

notre pays autour du principe de laïcité. Il ne s'agit pas, par ce projet de loi, de refonder la laïcité, mais de permettre, en rappelant les principes et les valeurs de l'école, de la faire vivre dans la fidélité aux idéaux de la République »⁹⁸⁹.

Pourtant, la loi de 2004 constitue une évolution tout à fait remarquable de la laïcité. Elle confirme l'intuition selon laquelle l'école serait « *le cœur du réacteur de la laïcité* »⁹⁹⁰. Elle marque « *la rupture fondamentale* »⁹⁹¹ dans l'histoire du principe. Pour la première fois la laïcité devient un fondement de restriction de l'expression religieuse des usagers d'un service public, de manière surabondante ou substitutive à l'ordre public. Elle confirme le caractère toujours conflictuel des rapports entre l'État et les cultes à certains égards et qui ressort bien de la manière dont les choses sont présentées par les personnalités ayant rédigé la tribune contre le voile à l'école :

« Neutralité n'est pas passivité, ni liberté simple tolérance. La laïcité a toujours été un rapport de forces. Est-ce au moment où les religions sont de nouveau en appétit de combat qu'il faut abandonner ce que vous appelez la « laïcité de combat » au profit des bons sentiments ? La laïcité est et demeure par principe une

⁹⁸⁹ Loi du 15 mars 2004, n° 2004-228, 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, exposé des motifs.

⁹⁹⁰ F. DIEU, « Laïcité et enseignement aujourd'hui : les limites de la neutralité », *RFDA*, 2021, p. 246.

⁹⁹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Autour de la « nouvelle laïcité » : entre droit et sciences sociales, dialogue épistémologique avec David Koussens », *Revue des Droits de l'Homme*, 2018, n° 14.

bataille, comme le sont l'école publique, la République et la liberté elle-même. Leur survie nous impose à tous une discipline, des sacrifices et un peu de courage. Personne, nulle part, ne défend la citoyenneté en baissant les bras avec bienveillance »⁹⁹².

332. Au-delà de l'originalité de fond, la loi exprime, par son champ, un curieux mélange des genres. Quand « l'affaire du voile » éclate en France à la fin des années 1980, c'est bien sous l'angle de l'ordre public que la question devient un objet juridique puisque ce sont les difficultés rencontrées par les chefs d'établissements scolaires à en assurer le bon fonctionnement qui ont généré le travail législatif. La réponse apportée par le législateur est une réponse impérative : l'interdiction pour les élèves de porter des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, sous peine, à terme, de renvoi de l'établissement. Ce mélange des genres se retrouve, dans l'autre sens, à propos de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

II. LA CREATION D'UNE EXIGENCE INEDITE DE L'ORDRE PUBLIC : LA LOI DU 11 OCTOBRE 2010

333. **La laïcité** pouvait difficilement servir de fondement à l'interdiction du voile intégral dans l'espace public puisque la seule application de ses exigences à des individus n'étant pas agents du service public a été celle de la loi du 15 mars 2004. Cette dernière ouvrait une brèche dans laquelle le législateur aurait pu s'engouffrer mais elle concernait toutefois un public

⁹⁹² « Foulard islamique : « Profs, ne capitulons pas ! » publiée au *Nouvel Obs* le 2 novembre 1989.

particulier. Rien n'empêchait le législateur de reproduire ceci, sinon la volonté de ne pas dénaturer davantage le principe. La loi prohibe donc, de manière générale, la dissimulation du visage dans l'espace public, dans un but de protection de l'ordre public. Différentes exigences sont évoquées : dignité de la personne humaine, égalité entre les sexes, laïcité. Finalement une exigence inédite est retenue : les exigences minimales de la vie en société.

334. **Valeurs de la République.** L'élaboration de la loi est l'occasion de rappeler que le voile intégral pose un problème au regard des valeurs de la République. Les références à la laïcité sont multiples sans que l'on comprenne nécessairement pourquoi puisque la loi n'est pas fondée sur le principe. Il n'est pas nécessaire de s'éloigner beaucoup du texte pour que la question du voile intégral soit évoquée et mise en balance avec le respect des valeurs républicaines puisqu'il suffit d'en lire l'exposé des motifs :

*« La France n'est jamais autant elle-même, fidèle à son histoire, à sa destinée, à son image, que lorsqu'elle est unie autour des **valeurs de la République** : la liberté, l'égalité, la fraternité. Ces valeurs sont le socle de notre pacte social ; elles garantissent la cohésion de la Nation ; elles fondent le respect de la dignité des personnes et de l'égalité entre les hommes et les femmes. Ce sont ces valeurs qui sont aujourd'hui remises en cause par le développement de la dissimulation du visage dans l'espace public, en particulier par la pratique du port du voile intégral (...) le port du voile intégral est la manifestation communautariste d'un **rejet des valeurs de la République**. Revenant à nier l'appartenance à la société des personnes concernées, la dissimulation du visage*

dans l'espace public est porteuse d'une violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social »⁹⁹³.

Plus loin il est question du « *contrat social républicain* », du « *pacte républicain* » et une partie des parlementaires a souligné que la pratique était contraire aux valeurs de la République : « *Ce n'est donc ni un problème de sécurité, ni un problème de religion. C'est un problème de conception de la République* »⁹⁹⁴.

335. **La protection de la dignité des femmes** a été une finalité envisagée pour fonder l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public. Si la loi ne mentionne pas la dignité, celle-ci figure, assez discrètement, dans l'exposé de ses motifs⁹⁹⁵ et surgit de nouveau dans la circulaire d'application de la loi⁹⁹⁶ qui s'avère révélatrice des difficultés du pouvoir normatif à se départir de cette notion⁹⁹⁷. Le législateur n'a finalement pas choisi de fonder la loi sur la dignité de la

⁹⁹³ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, exposé des motifs.

⁹⁹⁴ M. ALLIOT-MARIE, AN, troisième séance du 6 juillet 2010.

⁹⁹⁵ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, exposé des motifs.

⁹⁹⁶ Circ. du 2 mars 2011, NOR : PRMC1106214C, *relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* : « *se dissimuler le visage, c'est porter atteinte aux exigences minimales de la vie en société. Cela place en outre les personnes concernées dans une situation d'exclusion et d'infériorité incompatible avec les principes de liberté, d'égalité et de dignité humaine affirmés par la République française* ».

⁹⁹⁷ O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.*, 2011, p. 1166.

personne humaine. Il a suivi les recommandations du Conseil d'État qui estimait que l'utilisation de ce fondement était « *affectée de très sérieuses incertitudes* »⁹⁹⁸. Toutefois l'examen des travaux législatifs montre une certaine prégnance de la notion de dignité de la personne humaine. En effet, les nombreuses auditions de personnalités, spécialisées dans le domaine juridique ou non, qui ont eu lieu à l'occasion de la mission d'information qui a précédé cette loi sont très marquées par le postulat que le voile intégral est contraire à la dignité des femmes. Le philosophe Henri Pena-Ruiz estime ainsi : « *le voile intégral est en même temps un instrument de soumission de la femme qu'il dessaisit de sa liberté, de sa visibilité assumée, de son égalité de principe avec l'homme. (...) La dissimulation presque totale efface la personne, la réifie, la réduit à n'être qu'un échantillon anonyme d'une communauté séparée. (...) Une telle dépersonnalisation, curieusement accomplie au nom de l'identité culturelle, ne mérite à mon sens qu'un seul nom, celui d'aliénation. Bien des femmes se sont d'ailleurs insurgées contre un tel déni d'identité et de liberté, de singularité et d'égalité* »⁹⁹⁹. Les références à la soumission, la réification, l'aliénation de la femme, qui par ailleurs inquièteraient d'autres femmes, sont caractéristiques d'une démarche d'essentialisation de la dignité des femmes. Le philosophe ajoute ensuite « *cela s'appelle un enfermement, évidemment attentatoire à la dignité de la personne humaine* »¹⁰⁰⁰. La résolution du 11 mai 2010 *sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au*

⁹⁹⁸ CE, 25 mars 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, p. 19.

⁹⁹⁹ A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, p. 494.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

développement de pratiques radicales qui y portent atteinte « considère que les pratiques radicales attentatoires à la dignité et à l'égalité entre les hommes et les femmes, parmi lesquelles le port d'un voile intégral, sont contraires aux valeurs de la République »¹⁰⁰¹. Le communiqué du Conseil des ministres du 19 mai 2010 énonce quant à lui que « compte tenu de l'atteinte qu'elle porte à ces règles qui permettent le « vivre ensemble », à la dignité de la personne et à l'égalité entre les sexes, cette pratique, même volontaire, ne peut être tolérée en aucun lieu de l'espace public »¹⁰⁰². Les débats parlementaires sont truffés de réflexions autour de la dignité. Souvent invoquée, parfois explicitée¹⁰⁰³, la dignité de la personne humaine paraît manifestement être au cœur du débat sur le voile intégral. Même si le droit tait le mot, la dignité est bien là en toile de fond. Pierre-Henri Prélôt avait d'ailleurs constaté le parallèle entre l'invocation de la dignité en 2010 et son invocation en 1905, lors des débats sur la loi de Séparation, à propos du port, dans l'espace public, de la soutane¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ AN, 11 mai 2010, Résolution sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte.

¹⁰⁰² Conseil des ministres, 19 mai 2010, *Communiqué de presse relatif à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public*, accessible depuis le dossier législatif de la loi du 11 octobre 2010 sur Légifrance.

¹⁰⁰³ M. ALLIOT-MARIE, AN, 3^{ème} séance du 6 juillet 2010 : « *Contrainte, la dissimulation du visage porte atteinte à la dignité de la personne. L'asservissement ou la dégradation de la personne humaine sont strictement incompatibles avec notre Constitution, avec nos valeurs constitutionnelles* ».

E. DIARD, AN, 1^{ère} séance du 7 juillet 2010 : « *En outre, le voile intégral est un signe d'asservissement de la femme, incompatible avec nos valeurs républicaines d'égalité des sexes et de liberté. Il ne s'agit nullement, comme certains l'ont affirmé, de rejeter une religion, mais de respecter la dignité de la femme. Or, la réclusion efface délibérément la personne aux yeux d'autrui* ».

¹⁰⁰⁴ P.-H. PRÉLOT, « Les signes religieux et la loi de 1905 », *Société, droit et religion*, 2012, n° 2, p. 25.

336. La notion a toutefois été évincée d'une éventuelle place en tant que fondement de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public. Selon le Conseil d'État, il était délicat d'envisager de bâtir une telle interdiction sur la dignité de la femme alors que les perceptions du corps de la femme, « *souvent dénudé* », sont très divergentes dans la société. Au fond, il souligne le caractère arbitraire d'une démarche d'interdiction de la dissimulation du visage comme pratique porteuse d'une réification ou d'une dégradation de la femme alors que d'autres phénomènes pourraient tout autant traduire cela sans faire l'objet de l'attention du législateur. En effet, le mouvement de libération de la femme en France est allé de pair avec la libération de son corps, l'affirmation de la libre disposition de celui-ci. Il paraît délicat d'opposer à des femmes qui, pour certaines, disposent librement de leur corps en décidant de le couvrir intégralement, leur dignité. La députée Françoise Hostalier a par ailleurs indiqué lors de la mission d'information sur la pratique du port voile intégral en France que « *si en Afghanistan une femme sortait le visage découvert, on considérerait que c'est, pour elle, une atteinte à la dignité, parce que sa dignité à elle est justement, dans le respect de son intimité profonde, d'avoir le visage couvert. Mais nous sommes en France* »¹⁰⁰⁵. Un tel relativisme n'existe pas lorsqu'il est question de la dignité de la personne humaine car c'est un principe qui développe une définition de la personne humaine universelle et aboutit à des interdictions générales. Dans ses différentes implications, elle suppose en effet des limites qui s'étendent à la sphère et aux espaces privés : le lancer de nain a beau se dérouler dans un établissement privé face à un public

¹⁰⁰⁵ A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, p. 553.

averti, il n'en est pas moins attentatoire à la dignité de la personne humaine. L'atteinte à la dignité dépasse la question de la publicité de l'acte alors que l'encadrement des tenues vestimentaires en France dépend généralement de leur visibilité par autrui : chacun peut s'habiller comme il le souhaite lorsqu'il est à l'abri des regards du public, mais dès lors qu'il est vu, il doit revêtir une tenue décente. Étendre la question de la dignité de la personne humaine à des tenues vestimentaires aurait en ce sens quelque chose d'incongru car cela reviendrait à dire que la définition de l'humanité, pensée comme étant universelle, reposerait en partie sur l'habillement, pratique hautement tributaire des modes et des traditions nationales. C'est une chose de voir dans la dignité l'une des valeurs qui inspire le texte, c'en était une autre de l'utiliser pour le fonder et de lui donner des contours nouveaux. C'est pourquoi la députée enchaîne en se demandant : « *Ne pouvons-nous pas prendre appui sur nos valeurs républicaines et sur des considérations purement pragmatiques relatives aux conditions du vivre ensemble dans la société française ?* »¹⁰⁰⁶.

337. **Consécration d'une nouvelle exigence de l'ordre public : les exigences minimales de la vie en société.** C'est en effet un fondement inédit qui a été dégagé spécialement pour ce texte. Cette exigence rejoint les notions connexes de « vivre ensemble », ou celle de « valeurs essentielles de la société française », utilisée en droit des étrangers. Les hésitations quant aux sources constitutionnelles de ces exigences traduisent un certain embarras quant à leur contenu. Le Conseil d'État a d'ailleurs souligné dans son *étude relative aux*

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral dans l'espace public que l'on « *pourrait soutenir que l'ordre public répond à un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société* »¹⁰⁰⁷, mais « *dont les contours sont difficiles à cerner par avance au regard de l'ensemble de ses applications potentielles* »¹⁰⁰⁸. Dans leur opinion en partie dissidente sur l'affaire *SAS c. France*, les juges Nussberger et Jäderblom ont qualifié la notion de vivre-ensemble comme étant « *factice et vague* »¹⁰⁰⁹. Le Conseil d'État a rattaché les exigences minimales de la vie en société à « *la notion de « fraternité » qui figure dans la devise républicaine mais n'a jamais fait l'objet d'aucune consécration juridique* »¹⁰¹⁰. Fondement qui n'est pas absent de l'exposé des motifs de la loi du 11 octobre de 2010, selon lequel « *La dissimulation systématique du visage dans l'espace public, contraire à l'idéal de fraternité, ne satisfait pas davantage à l'exigence minimale de civilité nécessaire à la relation sociale* »¹⁰¹¹. Si l'on s'en tient à la décision rendue par le Conseil constitutionnel au sujet de cette loi, le seul fondement textuel possible pour ces exigences serait l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹⁰¹² -les autres fondements visés se rapportent à la dignité de la personne humaine et à l'égalité des sexes. Frédéric Dieu y voit la

¹⁰⁰⁷ CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 2010, p. 26.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁰⁹ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, *SAS c. France*.

¹⁰¹⁰ CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 2010, p. 27.

¹⁰¹¹ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, exposé des motifs.

¹⁰¹² « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. (...)* »

consécration de « *droits fondamentaux de la société* »¹⁰¹³. Stéphanie Henneute-Vauchez voit pour sa part davantage un rattachement à un autre principe constitutionnel, celui de l'indivisibilité de la République : « *C'est en effet rien moins qu'une certaine signification de ce qu'être Français veut dire qui serait mise en péril par le port de la burqa* »¹⁰¹⁴. Le rapport Garraud indiquait ainsi que cette pratique est « *initialement identifiée au régime taliban* »¹⁰¹⁵. Robert Hanicotte envisage cette extension comme « *un « ordre public positif », au sein duquel la « normalité » serait érigée en « norme »* »¹⁰¹⁶. Lorsqu'il présente cette exigence inédite, le Conseil d'État évoque la polygamie et l'inceste¹⁰¹⁷, ce qui permet de voir cette exigence davantage comme un moyen de défendre un *modus vivendi* qu'un moyen de protéger la dignité de la personne humaine.

338. La loi crée deux infractions : une contravention de deuxième classe pour la personne qui méconnaît l'interdiction de se dissimuler le visage¹⁰¹⁸ et un délit de dissimulation forcée du

¹⁰¹³ F. DIEU, « Laïcité et espace public », *RDP*, 2013, n° 3, p. 566.

¹⁰¹⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « La burqa, la femme et l'État », *Raison publique*, 12 mai 2010.

¹⁰¹⁵ J.-P. GARRAUD, 23 juin 2010, rapport n° 2648, 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, p. 9.

¹⁰¹⁶ R. HANICOTTE, « Belphégor ou le fantôme du Palais-Royal. L'avis du Conseil d'État sur le voile intégral », *JCPA*, n° 16, 19 avril 2010, p. 2142.

¹⁰¹⁷ CE, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, 2010, p. 27.

¹⁰¹⁸ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, art. 3.

visage¹⁰¹⁹. Cette deuxième infraction est insérée au chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne humaine. Ceci est somme toute peu surprenant, puisqu'il s'agit de sanctionner la contrainte opérée sur autrui pour l'obliger à se dissimuler le visage, ce qui revient à le priver de sa liberté. Mais la loi prévoit aussi de sanctionner la dissimulation volontaire du visage, quoique moins sévèrement. Si cette dernière incrimination ne relève pas directement du chapitre consacré à la dignité, elle implique quand même que la non-dissimulation du visage s'impose objectivement aux personnes qui souhaiteraient le couvrir. Le législateur a prévu des exceptions à l'interdiction : « *si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles* »¹⁰²⁰. Les circulaires d'interprétation de cette loi ont permis de comprendre que les manifestations traditionnelles incluent des manifestations religieuses traditionnelles à l'occasion desquelles le visage est dissimulé¹⁰²¹,

¹⁰¹⁹ *ibid.*, art. 4 : « Après la section 1 bis du chapitre V du titre II du livre II du code pénal, il est inséré une section 1 ter ainsi rédigée (...) « Art. 225-4-10.- Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende » ».

¹⁰²⁰ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, art. 2.

¹⁰²¹ Circ. Garde des Sceaux du 11 mars 2011, NOR : JUSD1107187C, *relative à la présentation des dispositions relatives à la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public* : « Ainsi les processions religieuses, dès lors qu'elles présentent un caractère traditionnel, entrent dans le champ des exceptions à l'interdiction posée par l'article 1^{er} ».

comme les processions de pénitents. Ce n'est donc pas directement le mobile religieux qui pose un problème mais le fait que cette pratique soit associée à des mœurs étrangères. C'est là toute la différence avec la dignité de la personne humaine, qui n'est jamais présentée comme un principe propre à la France. D'ailleurs, si la dignité de la personne humaine bénéficie d'une forme de consécration internationale, il n'en est rien des exigences minimales de la vie en société qui, propres à la France, sont bien plus un moyen de rejeter certaines pratiques culturelles¹⁰²² et de souder la nation autour de valeurs communes. Rappelant le relativisme dont sont empreintes de telles exigences, la CEDH les a qualifiées de « *choix de société* »¹⁰²³. Ce que certains auteurs appellent des « *codes sociaux* »¹⁰²⁴ et qui consiste à déterminer la frontière entre ce qui est socialement acceptable et ce qui ne l'est pas. On rejoint finalement la moralité publique telle qu'elle peut également parfois être invoquée dans le cadre de la police administrative et dont Pierre-Henri Teitgen écrivait en 1934 qu'elle correspondait « *au minimum d'idées morales naturellement admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus* »¹⁰²⁵. C'est toute l'originalité de

¹⁰²² Stéphanie Hennette-Vauchez indique d'ailleurs à propos de ces exigences qu'elles sont liées à « *la gestion par la France de son passé colonial et de la présence non seulement sur son territoire mais encore dans sa citoyenneté de larges populations immigrées* » : « La burqa, la femme et l'État », *Raison publique*, 12 mai 2010.

¹⁰²³ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, *affaire SAS c. France*, § 153.

¹⁰²⁴ A l'instar de G. CARCASSONNE : A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, *rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, p. 556 s. ; ou M.-O. PEYROUX-SISSOKO dans sa thèse : *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018, p. 320.

¹⁰²⁵ P.-H. TEITGEN, *La police municipale, l'ordre public et les pouvoirs du maire*, Thèse, Nancy, 1934, pp. 34-35.

ce texte que d'avoir, pour assurer la protection des valeurs de la République, créé une exigence inédite de l'ordre public qui a par la suite été utilisée dans d'autres circonstances, notamment par le Conseil d'État dans le cadre de l'affaire Dieudonné¹⁰²⁶ ou par le législateur en 2021¹⁰²⁷. Cette exigence se distingue de la dignité de la personne humaine par son caractère plus relatif. Il s'agit d'une forme d'uniformisation de l'espace public dans le but d'assurer le bon déroulement des relations sociales. Elle se rattache en ce sens plus directement aux exigences relatives au *modus vivendi*.

339. **La laïcité en toile de fond.** L'analyse des travaux préparatoires du texte révèle un hiatus entre le fondement retenu et celui qui fait l'objet des discussions. Il tient au fait que la laïcité est évincée de manière assez consensuelle comme fondement juridique envisageable pour interdire le voile intégral. Le Conseil d'État l'a indiqué lorsqu'il a été consulté sur la question : elle « *s'applique principalement, en effet, dans la relation entre les collectivités publiques et les religions ou les personnes qui s'en réclament. Elle s'impose directement aux institutions publiques, ce qui justifie une obligation de neutralité pour les représentants de collectivités publiques dans l'exercice de leurs missions. En revanche, elle ne peut s'imposer directement à la société ou aux individus qu'en raison des exigences propres à certains services publics (comme c'est le cas des établissements scolaires)* »¹⁰²⁸. Guy

¹⁰²⁶ CE, ord., 9 janvier 2014, n° 374508, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*.

¹⁰²⁷ Le titre premier de la loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République* est intitulé « Garantir le respect des principes de la République et des exigences minimales de la vie en société ».

¹⁰²⁸ CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 2010, p. 18.

Carcassonne a émis le même avis à l'Assemblée Nationale : « *La laïcité n'est pas un fondement imaginable : comme vous le savez, ce principe s'impose à la République, en aucun cas aux citoyens. La République peut se fixer des règles, procédant de la notion de neutralité, mais elle ne peut y soumettre les consciences. Sur le plan pratique, une loi d'interdiction fondée sur la laïcité ouvrirait une brèche : tous les signes extérieurs d'appartenance religieuse seraient prohibés, sauf à introduire des discriminations injustifiables* »¹⁰²⁹. Le rapport de la mission d'information sur la pratique du voile intégral l'indique en se fondant sur les auditions des professeurs de droit : « *Le port du voile intégral dans l'espace public n'est pas, en soi, une atteinte au principe de laïcité juridiquement parlant. Car le respect de ce principe s'impose aux collectivités publiques et non aux individus qui sont libres de manifester leurs convictions religieuses ou spirituelles à partir du moment où ils respectent autrui ainsi que l'ordre public* »¹⁰³⁰. Il indique toutefois, se fondant cette fois-ci sur l'audition du représentant l'Association des libres penseurs de France plaidant pour la consécration d'un « *ordre public laïc* »¹⁰³¹ qu'il peut constituer une atteinte à la laïcité dans le sens philosophique du terme : « *les dispositions de la loi de 1905 ne sont donc pas violées en tant que telles, par le voile intégral mais l'esprit du principe de laïcité est manifestement malmené* »¹⁰³². On retrouve cette acception de la laïcité dans le discours de certains parlementaires au moment des débats :

¹⁰²⁹ A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, *rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, p. 554.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 93.

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰³² *Ibid.*

« si donc l'on invoque le principe de laïcité, ce ne peut être au sens religieux du terme, mais, de façon tout aussi importante, au sens large du terme, par la mise en cause du « vivre ensemble » dans la République »¹⁰³³.

« J'ai été surprise d'entendre certains orateurs vouloir limiter sa portée. Pour ce faire, ils se sont appuyés sur la traduction juridique de la laïcité, qui s'organise autour de trois principes : la neutralité de l'État, la protection de la liberté de conscience, notamment religieuse, et le pluralisme des cultes. À ceux-là, je voudrais demander de bien vouloir considérer les positions prises par le président de l'Observatoire de la laïcité, qui rappelait que, pour l'ensemble des membres de cette instance, “ la défense de la laïcité a un objet plus large que sa définition stricte, [...] elle inclut les atteintes aux principes de l'égalité républicaine et la lutte contre les visées communautaires ”. Or c'est bien là l'objet de ce texte : défendre notre pacte républicain, scellé autour de valeurs communes qui garantissent le socle de notre République »¹⁰³⁴.

« La laïcité est un des principes de l'État, un bloc de granit jeté sur le parvis de la République : elle garantit la libre expression des convictions religieuses par la neutralité de l'État. Mais cette liberté religieuse possède des limites inhérentes au maintien des principes et valeurs qui garantissent le pacte républicain. Tels sont les termes de notre débat d'aujourd'hui, et je suis de ceux

¹⁰³³ J.-C. PEYRONNET, Sénat, séance du 14 septembre 2010.

¹⁰³⁴ J.-P. ALDUY (lisant le discours de S. JOISSAINS, empêchée), Sénat, séance du 14 septembre 2010.

qui estiment que le principe de laïcité est au cœur du présent texte ! »¹⁰³⁵.

D'autres évincent la laïcité du débat en essayant de démontrer que le voile intégral n'est pas une pratique religieuse, mais une pratique politique. C'est d'ailleurs en ce sens que le rapport de la mission d'information consacre un peu plus de trente pages à démontrer qu'il ne s'agit pas d'une prescription religieuse mais d'une pratique extrémiste à visée politique¹⁰³⁶. On retrouve cette idée dans l'intervention de certains parlementaires :

« Nous avons eu raison de ne pas répondre sur le terrain religieux et de la laïcité à un problème qui ne concerne pas directement l'islam (...) C'est bien l'affirmation politique d'une conception de la personne humaine, de la société, et des relations entre ses membres dont il est question lorsque nous parlons du voile intégral »¹⁰³⁷.

« Le voile intégral est-il un simple habit ? S'agit-il d'une mode passagère, d'un réflexe identitaire sans lendemain qui s'estompera avec le temps ? Le voile intégral va bien au-delà. Il est l'expression d'un réel projet politique d'une société fondée sur une conception rétrograde, qui rejette tout à la fois l'égalité des sexes, la mixité de la société et la laïcité, au nom d'une vision

¹⁰³⁵ F. FORTASSIN, Sénat, séance du 14 septembre 2010.

¹⁰³⁶ A. GÉRIN, E. RAOULT, Rapport d'information, n° 2262, au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, p. 25 s.

¹⁰³⁷ J.-C. LAGARDE, AN, 1^{ère} séance du mercredi 7 juillet 2010.

politique d'un intégrisme religieux. Le voile intégral porte la volonté politique d'imposer une loi religieuse personnelle à la République consacrée par le suffrage universel. Il constitue le premier pas certain d'une action programmée par ses prosélytes, qui mène au communautarisme et au rejet de l'autre. C'est la négation du vouloir vivre ensemble, la consécration de l'intolérance institutionnalisée »¹⁰³⁸.

« nous pensons qu'il faut détacher le débat sur la burqa de la question de la laïcité. Il n'est pas question de remettre en cause celle-ci ; au contraire, nous voulons la réaffirmer. Mais nous sommes ici devant un piège dangereux : on assimile une pratique sectaire, qu'il faut combattre, à la religion musulmane, qu'il faut respecter »

¹⁰³⁹.

340. L'argument, visant à évincer du débat la laïcité, selon lequel le voile intégral n'est pas visé en raison de son caractère religieux, mais politique, est un peu surprenant. La laïcité n'a jamais été étrangère à la politique, elle s'inscrit même essentiellement dans un mouvement d'émancipation et d'affirmation politique de l'État¹⁰⁴⁰. Affirmer que l'interdiction du voile intégral ne vise

¹⁰³⁸ J. MYARD, AN, 1^{ère} séance du mercredi 7 juillet 2010.

¹⁰³⁹ A. BOUMEDIENE-THIERY, Sénat, séance du 14 septembre 2010.

¹⁰⁴⁰ Ce que semblent comprendre certains députés à l'instar de N. DHUICQ : « *Le premier est la lente et patiente construction de la séparation entre pouvoir spirituel et pouvoir temporel. À cette fin, des actes politiques majeurs se sont succédé au cours des siècles, tel le geste de l'empereur prenant lui-même la couronne des mains du pape pour en ceindre son front. Cette séparation fine, qui n'interdit pas les réflexions métaphysiques, qui n'exclut pas toute possibilité de rapport à la mort et aux divinités, ni toute démarche philosophique, c'est ce que nous appelons aujourd'hui laïcité. Or, à l'évidence,*

pas une pratique religieuse pour affirmer qu'il n'est pas question de laïcité revient à dire que les dispositions de la loi de 1905 qui ont pour objet de limiter les interférences entre le politique et le religieux n'ont rien à voir avec la laïcité. Le rapport d'information et des parlementaires ont beau essayer d'exclure la dimension religieuse du port du voile intégral, il n'en est pas moins présenté comme une pratique relevant de l'Islam, même s'il s'agit selon eux de l'Islam radical. Sa description en tant que pratique sectaire ne dément pas ce lien à la religion. Le procédé se comprend davantage comme la recherche d'un mobile non-religieux à l'interdiction que comme la démonstration du caractère non-religieux de la pratique. Les travaux préparatoires de la loi du 11 octobre 2010 entretiennent ainsi des rapports ambigus entre le trio constitué par l'ordre public, la laïcité, et les valeurs de la République. Au milieu des deux autres, la laïcité paraît tantôt comme une valeur, tantôt comme un instrument de promotion des valeurs de la République. Ainsi, bien qu'évincée comme fondement de la loi, elle reste très présente en toile de fond et sa nature ambivalente de valeur et de principe ressort particulièrement. Cette confusion se retrouve également dans la loi confortant le respect des principes de la République mais la différence est que cette dernière ne modifie pas substantiellement les contours des notions d'ordre public et de laïcité. On comprend que la fonction législative implique de modeler certains principes et de les faire évoluer mais la confusion ainsi entretenue n'est pas l'apanage du législateur. Une étude d'opinion commandée par l'Observatoire de la laïcité à Viavoice et publiée en janvier

porter ostensiblement un accoutrement ou un appareil qui dissimule le visage est un acte politique majeur, qui remet en cause les principes essentiels que sont la laïcité et le vivre ensemble », AN, 1^{ère} séance du mercredi 7 juillet 2010.

2021 montre que 49% des personnes consultées pensent que l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public est fondée sur la laïcité, 16% ne répondent pas et seulement 35% pensent que la loi n'est pas fondée sur la laïcité¹⁰⁴¹

¹⁰⁴¹ Viavoice, janvier 2021, étude d'opinion réalisée par Viavoice pour l'Observatoire de la laïcité, *État des lieux de la laïcité en France*, p. 8.

CONCLUSION DU TITRE

341. L'approche téléologique des notions d'ordre public et de laïcité révèle un premier mouvement de convergence entre elles. L'ordre public agit comme un révélateur des finalités essentielles de l'ordre juridique et offre ainsi un nouveau cadre d'analyse de la laïcité à l'aune de celles-ci. En ce sens, il apparaît alors comme une clé de compréhension de la notion juridique de laïcité. La laïcité est, en effet, largement attirée par ces finalités, et le constat n'a rien d'étonnant car sa fonction d'émancipation de l'État trouve ici un volet positif dans la promotion de ses valeurs. Cette convergence téléologique suscite alors des interactions pratiques entre les notions qui ne sont pas les mêmes selon les finalités visées.
342. Lorsqu'il est question d'assurer la protection des droits et libertés, les exigences de l'ordre public et de la laïcité font l'objet d'une conception minimaliste. L'ordre public ne peut apporter que des restrictions proportionnées à l'exercice des droits et libertés et la portée des exigences de la laïcité a été déterminée à l'aune de ces derniers ce qui a permis d'en faire un principe libéral, souple, conciliateur. La garantie des droits et libertés a globalement été une clé d'interprétation et de délimitation des contours juridiques de la laïcité. La filiation libérale des notions demeure aujourd'hui un élément essentiel pour en comprendre la portée. Elle continue de les modeler

et la plupart des équilibres restent sauvegardés, notamment lorsque le juge administratif est appelé à se prononcer¹⁰⁴², mais elle est concurrencée par d'autres finalités qui, dans une certaine mesure, la tempèrent.

343. Lorsqu'il est question d'assurer la protection des valeurs républicaines, l'ordre public et la laïcité ont tendance à faire l'objet de conceptions renouvelées. Le développement de la protection de valeurs objectives dans la notion d'ordre public conduit à le distinguer de ses contours plus classiques à travers la notion d'ordre public immatériel, quand la connexion entre la laïcité et les valeurs de la République recèle certaines ambiguïtés. En effet, les discours, conceptions et documents - normatifs ou non- qui connectent la laïcité aux valeurs de la République la présentent parfois elle-même comme une valeur. Madame Calvès souligne cet aspect qui ressort particulièrement à l'occasion des attentats de 2015 : « *le « moment 2015 » se caractérise toutefois par l'importance qu'il accorde à la laïcité. La République en actes la présente à la fois comme une valeur à laquelle on doit adhérer, et comme un ensemble de règles et principes juridiques qu'il faut connaître et respecter* »¹⁰⁴³. La laïcité voit son champ d'application étendu de manière inédite avec la loi du 15 mars 2004 quand l'ordre public se voit dégager une exigence inédite -les exigences minimales de la vie en société, ou vivre-ensemble- pour poser une interdiction elle-même inédite à l'expression d'une conviction religieuse. Ces extensions sont par ailleurs de nature à brouiller la délimitation qui a pu

¹⁰⁴² En témoigne sa jurisprudence relative au burkini dans l'espace public qui fait écho à l'affaire *Abbé Olivier*.

¹⁰⁴³ G. CALVÈS, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, PUF, 2018.

s'opérer entre les deux notions : l'utilisation de la laïcité à l'école répond à des difficultés relevant de l'ordre public dans les établissements scolaires tandis que la loi de 2010, compte-tenu des travaux parlementaires, apparaît comme très marquée par une certaine conception de la laïcité. Faut-il y voir un mélange des genres malencontreux ? N'est-ce pas là un indice qui révèle que la laïcité, dans une dimension plus symbolique, joue bel et bien un rôle particulier dans l'ordre juridique ? Stéphanie Hennette-Vauchez souligne à très juste titre que la loi du 15 mars 2004 représente « *une authentique guerre de significations* »¹⁰⁴⁴. Elle questionne le rôle de la laïcité dans l'ordre juridique. La laïcité paraissait jusque-là conçue comme un principe juridique restreint, tenue à distance du droit dans sa dimension idéologique. La loi du 15 mars 2004 a révélé la prégnance des conceptions idéologiques plus militantes autour de la laïcité qui ont trouvé par cette loi une expression juridique inédite. Elle pousse ainsi à s'interroger sur l'influence que peut exercer plus largement la laïcité dans sa dimension idéologique.

¹⁰⁴⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Autour de la « nouvelle laïcité » : entre droit et sciences sociales, dialogue épistémologique avec David Koussens », *Revue des Droits de l'Homme*, 2018, n° 14.

TITRE SECOND

L'INSPIRATION RECIPROQUE DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE

344. A la fois principe et valeur, souvent réduite à la loi de séparation des églises et de l'État, mais affirmée distinctement dans la Constitution, « *telle qu'elle se présente au moment où elle va entrer dans la sphère juridique, la laïcité est une nébuleuse, riche de virtualités contradictoires. Et nul ne peut dire quelle forme elle prendra* »¹⁰⁴⁵. Elle conserve une part de mystère évidente qui tient sans doute à la fois à sa nature ambivalente et à l'éviction fréquente de sa dimension

¹⁰⁴⁵ J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, PUF, 1960, pp. 627-628.

idéologique dans la réflexion juridique. L'analyse du principe de laïcité à l'aune de la notion d'ordre public a révélé des contours juridiques relativement circonscrits et stables qui contrastent avec le foisonnement par ailleurs des discours sur la laïcité et des textes de portée juridique moindre porteurs d'une conception sensiblement différente de la notion. La laïcité apparaît ainsi à la fois comme un principe et comme une valeur. Selon Jean Morange, « *tout ordre juridique a besoin de se référer à une valeur supérieure. À défaut de pouvoir se référer au sacré ou au droit naturel, on invoque le principe de laïcité qui sert paradoxalement de substitut* »¹⁰⁴⁶. Dans le même sens, Frédéric Dieu a pu affirmer que la laïcité serait en train « *de devenir une « valeur » et non plus seulement un mode d'organisation des rapports entre l'État et les religions* »¹⁰⁴⁷. Peut-on déceler une quelconque consécration juridique de la laïcité en tant que valeur supérieure ?

345. Bien-sûr, il y a la consécration constitutionnelle de la notion avec sa formulation vague et les conceptions plus extensives exprimées dans les débats constitutionnels. Cette dimension symbolique ressort également de la mise en place la journée nationale de la laïcité à la date d'anniversaire de la loi de 1905, soit le 9 décembre. C'était, jusqu'à récemment, la seule manifestation juridique de la fondamentalité de la laïcité. En 2021, le législateur a donné un nouvel outil aux représentants de l'État qui peut s'analyser comme un instrument permettant d'affermir l'application des exigences de la laïcité. Il s'agit du

¹⁰⁴⁶ J. MORANGE : « Le mystère de la laïcité française », *RDP*, 2013, n° 3, p. 507.

¹⁰⁴⁷ F. DIEU, « Laïcité et espace public », *RDP*, 2013, n° 3, p. 566.

« déferé-laïcité », prévu par l'article 5 de la loi¹⁰⁴⁸, et inscrit aux articles L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 du Code général des collectivités territoriale. Il ajoute à ces articles qui prévoient notamment la possibilité pour le représentant de l'État de déférer au tribunal administratif un acte d'une commune, d'un département ou d'une région « *de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle* »¹⁰⁴⁹ afin d'en obtenir la suspension ; la possibilité de déférer aux mêmes fins un acte de nature « *à porter gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics* ». L'annulation d'actes contraires aux exigences de la laïcité était possible et le reste quoiqu'il en soit par la voie du recours pour excès de pouvoir. L'instruction gouvernementale rédigée pour préciser les modalités d'utilisation du déferé-laïcité montre bien qu'il n'a pas vocation à modifier les équilibres établis jusqu'alors¹⁰⁵⁰. La particularité de ce déferé-laïcité réside uniquement dans la possibilité de suspendre **en urgence** les actes gravement attentatoires aux exigences de la laïcité. Ces dernières se retrouvent ainsi valorisées symboliquement puisqu'elles bénéficient d'une garantie contentieuse jusqu'alors réservée aux libertés publiques et individuelles. Un pas supplémentaire paraît être franchi dans la mystique de la laïcité. Le déferé-laïcité n'emportera sans doute pas de mutations significatives de la laïcité, mais c'est un outil qui, mis à la disposition des autorités publiques, peut *a minima* leur permettre d'en suggérer certaines. Jusqu'à présent ses utilisations n'ont pas débouché sur des solutions particulièrement remarquables

¹⁰⁴⁸ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République.

¹⁰⁴⁹ Art. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 du CGCT.

¹⁰⁵⁰ 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, NOR : TERB2132392J, non publiée.

mais elles ont, par leur retentissement médiatique, revêtu un caractère assez spectaculaire.

L'ensemble de ces éléments paraît pour l'instant être la seule manifestation juridique directe de la place supérieure de la laïcité. Celle-ci se joue toutefois majoritairement ailleurs, de manière indirecte, médiatisée : elle transite par la notion d'ordre public.

346. En effet, l'ordre public possède par sa définition toutes les caractéristiques pour se montrer sensible à cet aspect de la laïcité. En tant que notion faisant passer les valeurs essentielles de l'ordre juridique vers un contenu concret impératif, il offre à la laïcité une interface idéale entre sa dimension idéologique et l'ordre juridique. Ce mouvement d'inspiration est double et réciproque : la dimension idéologique de la laïcité inspire l'ordre public, mais en retour ceci définit les contours de la laïcité et participe de son érection en tant que valeur fondamentale de l'ordre juridique. Les différentes tendances de la laïcité cohabitent, inspirent et sont confortées par l'ordre public qui leur offre ainsi une expression juridique indirecte. L'ordre public révèle l'existence d'une laïcité jouant le rôle d'un principe inspirateur dans toute son ambivalence : d'un côté, sa filiation libérale et de l'autre sa dimension plus combative. D'une part la laïcité a inspiré la neutralisation de l'ordre public français (chapitre I), d'autre part l'ordre public reflète la « laïcité républicaine » (chapitre II).

CHAPITRE I

LA LAÏCITE NEUTRALISE L'ORDRE PUBLIC

347. Jean Rivero écrivait que « *la laïcité implique que l'ordre public se vide de tout contenu doctrinal* »¹⁰⁵¹. Une telle affirmation rend compte du fait que l'exigence première de la laïcité, à savoir la neutralité religieuse, ne peut se concevoir en vase-clos et seulement à travers le traitement du fait religieux. En effet, la neutralité purement envisagée comme l'abstention de l'État dans le domaine religieux s'avère, à certains égards, insatisfaisante. Dans ses différentes manifestations, l'ordre public a été et demeure parfois le relai de valeurs religieuses. Ainsi que l'exprime Jean-Marie Carbasse, « *le droit de punir (...) met en œuvre un ensemble de normes qui expriment, à chaque époque, les valeurs dominantes d'une société. Dans les sociétés chrétiennes, ces valeurs sont chrétiennes : il est donc naturel que le droit pénal des États chrétiens - Empire, royaumes, républiques - ait mis en œuvre les catégories chrétiennes du licite et de l'illicite. Cette mise en œuvre passe par une transposition plus ou moins complète de ce qui, dans*

¹⁰⁵¹ J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, p. 138.

l'ordre religieux, est saisi sous les espèces du péché et qui devient, dans le domaine séculier, un crime ou un délit »¹⁰⁵². Pierre-Henri Prélot voyait dans la laïcité une notion qui devait inspirer l'ensemble de l'ordre juridique pour assurer l'égalité entre les personnes¹⁰⁵³. Les Professeurs Caye et Terré soulignent l'effort qu'une telle démarche implique : « *la neutralité ne va jamais de soi, elle n'est pas convenue au champ social, mais procède toujours d'un effort de neutralisation* »¹⁰⁵⁴. Ces auteurs convergent ainsi vers le constat selon lequel la laïcité ne peut pas se contenter de la séparation fonctionnelle entre l'État et les cultes mais doit exercer une influence sur l'ensemble de l'ordre juridique. Il est effectivement, comme le souligne Jean Rivero, nécessaire que l'ordre public se vide de tout contenu doctrinal, c'est-à-dire se neutralise lui-même pour donner pleinement sens à l'idée de neutralité de l'État.

348. **Méthodologie.** Il est possible d'observer un détachement à l'égard des convictions religieuses, qui concerne des domaines extrêmement variés et dans lesquels la laïcité est invoquée comme une valeur servant de justification. Ainsi que le souligne Valentine Zuber, sont concernées « *l'ensemble des libertés individuelles : celles de croire, de ne pas croire, de changer ou d'abandonner une religion ou une conviction, la liberté d'expression individuelle, religieuse ou politique, la liberté du choix de sa vie, de son éducation, de sa santé et de*

¹⁰⁵² J.-M. CARBASSE, « Sécularisation et droit pénal », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2014, n° 60, p. 13.

¹⁰⁵³ P.-H. PRÉLOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, 2001, n° 3, p. 737.

¹⁰⁵⁴ P. CAYE, D. TERRÉ, « Le neutre à l'épreuve de la puissance », *in* R. SEVE (dir.), *La laïcité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 48, 2005, p. 28.

sa mort même relèvent toutes du domaine de la laïcité... Le principe de neutralité à la base de la laïcité est donc beaucoup plus large que le seul espace partagé entre le religieux et le politique»¹⁰⁵⁵. Si l'on veut bien s'aventurer en amont du domaine juridique, au moment de l'élaboration de la loi, on remarque que la laïcité est invoquée dans de très nombreux domaines, de sorte que si le principe a des contours restreints, la valeur joue un rôle assez étendu, servant de référence dans de très nombreux domaines. Tous les sujets qui semblent relever d'aspect moraux deviennent l'occasion d'invoquer la laïcité. De nombreuses dispositions de l'ordre juridique français reposent très certainement sur des valeurs religieuses héritées d'une longue histoire religieuse faisant du christianisme et de ses différentes branches les cultes les plus pratiqués en France avec le judaïsme¹⁰⁵⁶. Ainsi que le soulignait Jean Carbonnier, « *il est des règles de droit qui résonnent*

¹⁰⁵⁵ V. ZUBER, « La laïcité, un produit de l'histoire et un outil au service des droits humains », *Vie sociale*, 2018, n° 21, p. 45.

¹⁰⁵⁶ Selon R. SCHOR, le pourcentage des personnes se réclamant de la foi catholique en France était encore de 90% en 1945, chiffre qui tombe à 81% en 1986 : Histoire de la société française au XXème siècle, 2007, p. 427. Ces chiffres résultent de sondages et non de statistiques officielles, ces dernières étant interdites concernant l'appartenance religieuse des personnes. Un sondage IFOP-La croix indique qu'en 2006 65% des Français se disent catholiques : cité par J.-P. MACHELON, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, rapport de la commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, La documentation française, 2006, p. 10. Ce rapport indique également une augmentation de l'agnosticisme, de l'Islam, du bouddhisme et des mouvements religieux atypiques. Le judaïsme a également connu une expansion, tout comme les cultes chrétiens historiques. Le protestantisme reste stable. Une étude de l'Observatoire de la laïcité de 2019 expose différents sondages montrant que 48 à 63% des Français se déclarent Catholiques : Observatoire de la laïcité, juillet 2019, *Étude sur l'expression et la visibilité religieuses dans l'espace public en France aujourd'hui*, pp. 6-7.

comme des échos de prescriptions religieuses »¹⁰⁵⁷. La méthodologie à adopter pour identifier ces empreintes religieuses n'est pas évidente : il est parfois délicat de rattacher avec certitude des principes relevant de l'ordre public à des sources religieuses quand cette inspiration est sous-jacente, discrète, parfois même oubliée¹⁰⁵⁸. Elle commanderait une analyse approfondie des logiques historiques et sociologiques qui ont guidé la construction et l'évolution de chaque domaine juridique. C'est un travail qui relève par ailleurs de champs disciplinaires qui ne sont pas ceux du droit. L'analyse du phénomène de neutralisation de l'ordre public n'a pas pour but d'attribuer à telle ou telle règle un fondement religieux, mais plutôt de voir comment l'utilisation de la laïcité a pu stimuler ce phénomène à l'égard d'aspects moraux qu'il pourrait avoir hérités de traditions religieuses. On considérera ainsi qu'il y a neutralisation chaque fois qu'une règle d'ordre public se vide de son contenu moral pour laisser un champ plus large aux conceptions individuelles de la vie bonne.

349. Il faut toutefois souligner, avec Mathilde Philip-Gay, que la neutralité en France est largement pensée en lien avec l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme¹⁰⁵⁹. Elle se comprend ainsi à la fois comme devant justifier des abstentions et des actions de la part de l'État. Cette ambivalence de la neutralité est le reflet de l'ambivalence du principe d'égalité, qui peut se comprendre comme l'égalité

¹⁰⁵⁷ J. CARBONNIER, « La religion fondement du droit ? » in F. TERRÉ, (dir.), *Droit et religion*, Sirey, Archives de philosophie du droit, T. 38, 1993, p.

¹⁰⁵⁸ J.-M. CARBASSE montre la manière dont le droit canonique a pu inspirer le droit pénal étatique : « Sécularisation et droit pénal », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 60, 2014, p. 13.

¹⁰⁵⁹ M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Ellipses, 2016, pp. 223-224.

abstraite ou l'égalité concrète entre les individus, et il n'y a rien d'étonnant à cela puisque la neutralité est le corollaire du principe d'égalité¹⁰⁶⁰. Ce double mouvement se retrouve dans la manière dont l'ordre public intervient en lien avec les convictions religieuses. Il y a d'abord un mouvement négatif, consistant à détacher les règles d'ordre public de leurs aspects religieux. On peut y voir un mouvement de sécularisation de l'ordre public. Arnould Bethery de la Brosse décrit la sécularisation comme le « *passage de l'hétéronomie (soumission à un ordre dépassant l'homme) à l'autonomie (création par l'homme de sa propre loi)* »¹⁰⁶¹. Ce passage s'illustre dans de nombreux aspects de l'ordre public (section première). Ce mouvement de sécularisation ne résume pas l'idée de neutralité qui, ainsi que cela a été évoqué¹⁰⁶², peut aussi porter sur les conséquences concrètes de la mise en œuvre de la règle. La neutralité peut alors exiger des mécanismes correctifs dont le but est de favoriser une certaine égalité concrète des personnes selon les convictions religieuses. Il y a alors une adaptation de l'ordre public (section seconde).

¹⁰⁶⁰ Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.

¹⁰⁶¹ A. BETHERY DE LA BROSSE, « Droit-Amour-Mariage. L'abandon de la transcendance naturelle », *Droits*, n° 59, janvier 2014, p. 159.

¹⁰⁶² cf. supra

SECTION PREMIERE. LA SECULARISATION DE L'ORDRE PUBLIC

350. La sécularisation de l'ordre public se manifeste d'une part de manière directe par la séparation entre l'ordre public et la religion (I) et d'autre part de manière indirecte par un détachement de l'ordre public vis-à-vis des inspirations religieuses (II).

I. LA SECULARISATION DIRECTE DE L'ORDRE PUBLIC

351. L'ordre public ne peut pas protéger ou limiter directement un agissement en raison de sa conformité ou de sa contrariété à une règle religieuse. Ceci se manifeste à plusieurs égards : la sécularisation des services publics et de leur fonctionnement marque l'émergence d'un ordre public, interne aux services publics, laïque (A). Plus globalement la protection du contenu des convictions n'est pas une finalité directe de l'ordre public (B).

A. LA SECULARISATION DES MISSIONS DE SERVICE PUBLIC

352. L'organisation, par l'État, de services publics auparavant assurés par l'Église, n'est absolument pas anodine du point de vue de la neutralisation de l'ordre public. Le service public constitue l'un des modes d'action de l'administration et il contribue à la protection de l'ordre public. En effet, c'est bien par le truchement de services publics que les exigences de l'ordre public sont assez largement protégées : la santé publique dépend des hôpitaux, de la sécurité sociale, du traitement des morts, ... ; la sécurité dépend de la police, de l'armée, ...

353. **Aspects historiques : organisation des services publics.** Un certain nombre de services publics ont d'abord été assurés par des autorités religieuses en France. Ainsi que le souligne le professeur Touzeil-Divina, le terme « liturgie » est issu du grec *leitourgia*, qui signifie précisément « service public »¹⁰⁶³. L'Église catholique a eu le souci d'assurer des activités d'abord destinées à faire œuvre de charité et d'assistance, puis à prévenir les maladies en agissant en faveur de l'hygiène publique. Des missions qui se sont développées à mesure que la doctrine chrétienne a fait du « bien commun » le fondement de l'action en faveur de la collectivité. Certains auteurs voient dans la notion de « bien commun » l'origine de la notion moderne « d'intérêt général »¹⁰⁶⁴, qui fonde l'organisation des services publics. Aussi, la « laïcisation », au sens de « retour dans le giron des missions de l'État », va souvent de pair avec un mouvement de séparation de l'ordre public vis à vis des sources religieuses. Cela a été le cas de nombreux services publics, dont certains ont déjà été évoqués plus tôt¹⁰⁶⁵. Seule sera abordé ici la question du traitement des morts car elle combine les différents aspects de la sécularisation des services publics : l'organisation de la mission de service public par la puissance publique et la détermination de règles de fonctionnement censées valoir indifféremment pour tous les administrés quelles que soient leurs convictions.

¹⁰⁶³ M. TOUZEIL-DIVINA, « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres : du liturgique à l'économique (an X (1802)-2002 » in G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 399.

¹⁰⁶⁴ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, 3^e éd., Montchrestien-Lextenso, 2011, p. 32 s., spéc. § 40.

¹⁰⁶⁵ A l'instar de celui de l'enseignement.

354. **Le traitement des morts.** Le juge a eu l'occasion d'indiquer que la législation funéraire est « *d'ordre public* »¹⁰⁶⁶. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen proclame la liberté religieuse à l'article 10. Il en découle théoriquement la liberté de choisir les modalités d'inhumation du défunt¹⁰⁶⁷, encore faut-il que ce choix soit possible. Le service extérieur des pompes funèbres¹⁰⁶⁸ fait partie des services publics dont la charge a longtemps été entièrement assumée par l'Église catholique en France. Jeanne Mesmin d'Estienne en décrit longuement la construction complexe dans sa thèse sur *L'État et la mort*¹⁰⁶⁹. A partir de 1800, l'État commence à produire un encadrement normatif de plus en plus fourni en matière funéraire¹⁰⁷⁰ qui manifeste l'organisation d'un véritable service public¹⁰⁷¹. Pour autant, la laïcisation du service des pompes funèbres, en dépit de tentatives, reste impossible à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècle. Le Professeur Touzeil-Divina a souligné qu'à cette époque les autorités publiques ne disposaient pas des moyens d'assurer le service public des pompes funèbres dans le respect des considérations d'ordre public, particulièrement en matière de salubrité :

¹⁰⁶⁶ CE, 29 juillet 2002, n° 222180, *Leroy*.

¹⁰⁶⁷ J. MESMIN D'ESTIENNE, *L'État et la mort*, LGDJ, 2016, p. 71, §121.

¹⁰⁶⁸ Il est défini dans l'art. 2 de la loi du 28 décembre 1904 comme « *le transport des corps, la fourniture des corbillards, cercueils, tentures extérieures des maisons mortuaires, les voitures de deuil, ainsi que les fournitures et le personnel nécessaires aux inhumations, exhumations et crémations, appartient aux communes, à titre de service public* ».

¹⁰⁶⁹ J. MESMIN D'ESTIENNE, *L'État et la mort*, 2016, p. 69 s.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, p. 81, §139.

¹⁰⁷¹ M. TOUZEIL-DIVINA, « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres : du liturgique à l'économique (an X (1802)-2002 » in G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 405.

« au nom de l'égalité avait été supprimée la pompe funèbre : tous les citoyens devaient être enterrés de la même façon « républicaine », sans protection culturelle. (...) Mais, en pratique, la belle et utopique théorie égalitaire ne fut pas appliquée : si la pompe, avec tout ce qu'elle comporte d'inégalitaire, avait été supprimée, c'est le chaos qui la remplaçait. On ne comptait plus les vols et pillages de tombes : il n'était pas rare de voir les fossoyeurs utiliser le même cercueil plusieurs fois de suite et jeter ensuite les cadavres nus dans un charnier. La salubrité et la sécurité publiques étaient à ce point en danger que le sujet revint fréquemment à la tribune du Conseil des Cinq-Cents. Le 14 frimaire an VII, le député Lafargue vint déclarer : « J'ai vu une mère disputant à un pourceau le cadavre de son enfant. L'anarchie est telle qu'il y a des lieux de sépulture où les cadavres effleurent le sol et deviennent la proie et le jouet des animaux. » »¹⁰⁷².

Aussi faut-il souligner que c'est précisément car le respect de l'ordre public -ici la salubrité publique- ne pouvait pas être assuré en séparant ce service public de l'église que celle-ci attendra. Le décret du 23 prairial an XII laisse ainsi aux fabriques et consistoires le monopole de l'organisation des funérailles¹⁰⁷³. La neutralité des funérailles n'est alors pas assurée, pas plus que celle de la conservation des corps. En effet, le décret du 23 prairial an XII, tout en municipalisant les

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 402.

¹⁰⁷³ Art. 22 : « Les fabriques des églises et les consistoires jouiront seuls du droit de fournir les voitures, tentures, ornements et de faire généralement toutes les fournitures quelconques nécessaires pour les enterrements et pour la décence ou la pompe des funérailles. Les fabriques et consistoires pourront faire exercer ou affermer ce droit, après l'approbation des autorités civiles sous la surveillance desquelles ils sont placés ».

cimetières, imposait que chaque culte dispose d'un cimetière propre ou, si ce n'était pas le cas, que les cimetières soient divisés en autant de zones que de cultes, chacune devant disposer d'une entrée propre et étant séparée des autres de manière tangible¹⁰⁷⁴. L'accès à des funérailles religieuses et à l'inhumation dans la zone dédiée dépendait de la volonté de l'autorité religieuse concernée. Les refus d'inhumation chrétiennes et les difficultés de mise en œuvre de cérémonies civiles ont été, selon le professeur Touzeil-Divina, à l'origine des premières propositions d'organisation d'un service extérieur des pompes funèbres laïque¹⁰⁷⁵.

La neutralisation des cimetières précèdera : elle est opérée par la loi du 14 novembre 1881 qui abroge l'article 15 du décret du 23 prairial an XII. Le Conseil d'État en a déduit l'interdiction pour le maire de créer ou d'étendre des cimetières confessionnels¹⁰⁷⁶.

355. La loi du 15 novembre 1887 consacre la liberté des funérailles¹⁰⁷⁷. L'article premier de cette loi dispose que les dispositions légales relatives aux funérailles seront appliquées

¹⁰⁷⁴ Art. 15 : « Dans les communes où l'on professe plusieurs cultes, chaque culte doit avoir un lieu d'inhumation particulier ; et dans le cas où il n'y aurait qu'un seul cimetière, on le partagera par des murs, haies ou fossés en autant de parties qu'il y a de cultes différents, avec une entrée particulière pour chacune, et en proportionnant cet espace au nombre d'habitants de chaque culte ».

¹⁰⁷⁵ M. TOUZEIL-DIVINA, « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres : du liturgique à l'économique (an X (1802)-2002 » in G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 402.

¹⁰⁷⁶ CE ass., 17 juin 1938, *Dame veuve Derode*, *Rec.* p. 549.

¹⁰⁷⁷ Loi du 15 novembre 1887 *sur la liberté des funérailles*, *JORF*, 18 novembre 1887, p. 5077.

quel que soit le caractère des funérailles, tandis que l'article 2 interdit que des prescriptions particulières en matière funéraire ne soient établies en raison de leur caractère religieux ou civil. L'article 3 dispose quant à lui que « *Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture* ». La liberté des funérailles est alors assurée par le respect des volontés du défunt lorsque celui-ci les a exprimées. Lorsque ce n'est pas le cas, il faut rechercher la volonté du défunt auprès de ses proches. La valeur du principe de liberté des funérailles a été précisée par la Cour de cassation en 2018. Dans cette affaire, un ressortissant marocain décédé sur le sol français devait, selon son épouse et ses enfants, faire l'objet d'une crémation. Il n'avait pas laissé de testament, aussi, il fallait rechercher sa volonté auprès de ses proches. La famille marocaine du défunt s'opposait toutefois à ce mode de funérailles. Elle arguait de l'existence de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire qui prévoit que l'état des personnes est régi par la loi du pays dont celles-ci ont la nationalité. Le défunt aurait ainsi dû, selon les requérants, être inhumé, conformément au droit marocain. La Cour de cassation, suivant la Cour d'appel de Limoges, a rejeté le pourvoi. Elle a jugé que la liberté des funérailles était une liberté individuelle, et relevait des lois de police. Elle ne pouvait alors pas être écartée au profit de la loi étrangère et la Cour d'appel n'avait ainsi pas commis d'erreur de droit en recherchant la volonté du défunt auprès de ses proches¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2018, n° 18-20.693.

356. La loi du 28 décembre 1904 organise le service public des pompes funèbres. La création de ce service public est, à l'origine, fondée sur des « *considérations historiques : anticléricales* »¹⁰⁷⁹. Les dispositions de cette loi sont aujourd'hui inscrites aux articles L. 2213-11 et suivants du CGCT. Les communes ont la compétence pour dédier des terrains aux sépultures et autoriser les enterrements hors des cimetières municipaux¹⁰⁸⁰. Elle distingue le service extérieur des pompes funèbres, qui ne peut pas être assuré par « *les fabriques, consistoires ou établissements religieux* »¹⁰⁸¹, du service intérieur des pompes funèbres, qui se charge des cérémonies religieuses. À ce titre, les établissements susmentionnés « *conservent le droit exclusif de fournir les objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et à la décoration intérieure et extérieure de ces édifices* »¹⁰⁸². Le service extérieur doit, selon ce qui est inscrit à l'article L. 2223-26 du CGCT, fournir un matériel neutre, pouvant convenir à tous types de funérailles. Lorsque le maire doit pourvoir aux funérailles d'un défunt car aucun proche n'est en mesure de le faire, il est tenu de le faire « *sans distinction de culte et de croyance* »¹⁰⁸³. Selon certains auteurs, cela signifie « *a contrario que, dans l'hypothèse où le culte du défunt serait connu, et en l'absence de volonté contraire manifestée par celui-ci, le maire doit veiller à ce que les funérailles soient organisées selon les*

¹⁰⁷⁹ M. TOUZEIL-DIVINA, « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres : du liturgique à l'économique (an X (1802)-2002 » in G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 419.

¹⁰⁸⁰ Art. L. 2223-1 du CGCT.

¹⁰⁸¹ Selon l'art. L. 2223-28 du CGCT.

¹⁰⁸² Art. L. 2223-29 du CGCT.

¹⁰⁸³ Art. L. 2213-7 du CGCT.

règles de ce culte »¹⁰⁸⁴. La législation funéraire repose désormais sur des exigences neutres. Son but principal est d'assurer la salubrité publique dans le traitement des morts.

B. LA SECULARISATION DANS LE CADRE DE LA PROTECTION DES CONVICTIONS RELIGIEUSES

357. **Absence de protection du contenu des religions.** La neutralisation de l'ordre public implique qu'il n'a pas à connaître du contenu des religions car celui-ci est indifférent dans la détermination des intérêts qu'il protège. Ceci se manifeste d'une manière assez évidente dans le fait que l'ordre public ne sanctionne pas les comportements hérétiques¹⁰⁸⁵ ou blasphématoires¹⁰⁸⁶. Aussi, « *le droit au blasphème est ontologiquement lié au principe de laïcité* »¹⁰⁸⁷. Le délit de blasphème disparaît avec l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Toutefois, le Concordat entraîne sous la Restauration la création de deux délits spécifiques pour protéger les convictions religieuses : le délit d'outrage à la morale publique et religieuse et le délit d'outrage aux religions reconnues par l'État. Ces deux délits sont

¹⁰⁸⁴ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, I. RIASSETTO, *Droit français des religions*, 2^{ème} éd, LexisNexis, 2013, p. 764, § 1273.

¹⁰⁸⁵ L'hérésie, selon le CNRTL, se définit comme une « Doctrine, opinion qui diffère des croyances établies, condamnée par l'Église catholique comme contraire aux dogmes ».

¹⁰⁸⁶ Le blasphème, selon le CNRTL, se définit comme une « *Parole, discours outrageant à l'égard de la divinité, de la religion, de tout ce qui est considéré comme sacré* ». Pour des développements historiques sur la pénalisation du blasphème en France, voir : C. LEVEULEUX-TEIXEIRA, « Entre droit et religion : la blasphème, du péché de la langue au crime sans victime », *Revue de l'histoire des religions*, n° 4, 2011, p. 578.

¹⁰⁸⁷ C. BIGOT, « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 59.

abrogés par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Le blasphème n'est plus puni en Alsace-Moselle depuis la loi du 27 janvier 2017 dont l'article 172 abroge l'article 166 du Code pénal alsacien-mosellan¹⁰⁸⁸. Désormais, le discours à l'égard des religions relève des délits d'injure et de diffamation¹⁰⁸⁹. La CEDH n'est, de son côté, pas opposée à la sanction du blasphème par une législation nationale¹⁰⁹⁰. C'est ainsi que dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*¹⁰⁹¹, dans laquelle il était question du refus d'attribution d'un visa d'exploitation à un court métrage présentant Sainte Thérèse d'Avila ayant des visions d'extase sexuelle avec Jésus Christ, la Cour a pu juger que, malgré l'existence « *de puissants arguments (...) en faveur de la suppression des règles sur le blasphème, par exemple leur nature discriminatoire à l'égard de certaines confessions (...) et le caractère inapproprié des mécanismes juridiques pour traiter des questions de foi et de croyances individuelles* »¹⁰⁹², la mesure était nécessaire dans une société démocratique¹⁰⁹³. Elle a, en effet, considéré que la répression du blasphème répondait à la finalité de « *protection des droits d'autrui* » et que l'absence de consensus des États parties quant à la répression du blasphème permettait de leur

¹⁰⁸⁸ Loi du 27 janvier 2017, n° 2017-86, *relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

¹⁰⁸⁹ Pour des développements sur l'encadrement de la liberté d'expression et les cultes après la Révolution et jusqu'aux lois du 29 juillet 1881 et du 9 décembre 1905, voir l'article de N. MALLET-POUJOL, « 1789-1905. Du blasphème aux droits et devoirs des ministres du culte », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 7.

¹⁰⁹⁰ Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour à ce sujet : E. DERIEUX, « Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme », *Légicom*, n° 55, février 2015, p. 71.

¹⁰⁹¹ CEDH, 25 novembre 1996, n° 17419/90, *Wingrove c. Royaume-Uni*.

¹⁰⁹² *ibid.* § 57.

¹⁰⁹³ *ibid.* § 65.

laisser une marge de manœuvre importante sur l'ampleur des restrictions qu'ils peuvent apporter à la liberté d'expression pour protéger la liberté religieuse¹⁰⁹⁴.

358. En dehors du cas particulier du blasphème, la CEDH tend à opérer une protection particulière des convictions religieuses qui aboutit à protéger leur contenu d'expressions ressenties comme offensantes. En effet, depuis l'affaire *Kokkinakis c. Grèce* en 1993, la Cour a pris l'habitude d'affirmer que la liberté de pensée, de conscience et de religion « *figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie* »¹⁰⁹⁵. Dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, elle a ainsi rappelé que :

« la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité de l'État, notamment celle d'assurer à ceux qui professent ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9. En effet, dans des cas extrêmes le recours à des méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peut aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer » et que « le respect des sentiments religieux des croyants tel qu'il est garanti à l'article 9 a été violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse ; de telles représentations peuvent passer pour une violation

¹⁰⁹⁴ *ibid.* § 58.

¹⁰⁹⁵ CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c. Grèce*, § 31.

malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique »¹⁰⁹⁶.

Elle a finalement conclu à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention par la confiscation d'un film jugé offensant pour une communauté religieuse.

359. Une protection des convictions relevant du droit commun.

L'absence d'incrimination du blasphème n'empêche pas de protéger les croyants lorsque des expressions injurieuses ou diffamatoires les visent personnellement, quand bien même elles reposent sur un mobile religieux. A ce titre, l'appartenance religieuse, comme notamment l'appartenance à un genre, à une ethnie ou l'orientation sexuelle est devenue une cause d'aggravation de ces délits. C'est la loi du 2 juillet 1972, dite loi « Pleven »¹⁰⁹⁷ qui a ajouté à l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse* la notion d'appartenance ou de non-appartenance à une religion pour en faire une cause d'aggravation des délits d'injure et de diffamation. Elle crée également le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison, notamment, de l'appartenance ou de la non-appartenance à une religion. Ces articles sont le support d'une protection des croyants lorsqu'ils subissent des expressions outrageantes en raison de leur appartenance religieuse. Ils ne sont toutefois pas le support d'une protection de la religion elle-même et ne

¹⁰⁹⁶ CEDH, 20 septembre 1994, n° 13470/87, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*.

¹⁰⁹⁷ Loi du 1^{er} juillet 1972, n° 72-546, *relative à la lutte contre le racisme*, *JORF* du 2 juillet 1972, n° 154, p. 6803.

permettent pas de sanctionner des expressions qui sont seulement dirigées contre le contenu d'une religion.

360. A ce niveau, un doute a pu planer car le juge civil avait admis que des atteintes au « sentiment religieux » puissent être sanctionnées sur le fondement de la responsabilité civile - ancien art. 1382 du Code civil et art. 809 du Code de procédure civile. Le TGI de Paris avait ainsi jugé que :

*« la représentation du symbole de la Croix, dans des conditions de publicité tapageuse et en des lieux de passage public forcé, constitue un acte d'intrusion agressive et gratuite dans le **tréfonds intime des croyances** de ceux qui, circulant librement sur la voie publique et ne recherchant aucun contact ou colloque singulier avec une œuvre ou un spectacle déterminés, se voient - hors toute manifestation de volonté de leur part - nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation publicitaire et commerciale, contestable et trompeuse, constitutive, en tout état de cause, d'un trouble manifestement illicite ; Attendu que les droits individuels et collectifs, invoqués en la présente instance et fondés, d'une part, sur la liberté de conscience et le droit au respect de ses croyances et, d'autre part, sur la liberté d'aller et de venir sans risque d'agression ou d'outrage, doivent, dans une société protectrice des droits de l'homme, être consacrés par les mesures que le juge des référés - juge de la voie de fait - tire des dispositions*

de l'article 809 du Nouveau Code de procédure civile

»¹⁰⁹⁸.

Il était question de l'affiche du film *Ave Maria* de Jacques Richard, qui présentait une femme crucifiée, dans une tenue identique à celle portée par Jésus crucifié dans les représentations qui en sont faites, par conséquent, seins nus. Ici l'atteinte n'est pas jugée sur le plan pénal comme étant constitutive d'une injure, d'une diffamation ou d'une incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence. En réalité c'est bien la représentation dévoyée d'un symbole religieux qui est ici jugée fautive. Elle est toutefois fautive seulement dans la mesure où elle constitue une atteinte à la liberté de conscience des passants selon la Cour. Et l'on comprend que la distinction entre le croyant et la croyance est parfois extrêmement délicate à opérer pour le juge.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a qualifié ceci de « *respect dû aux croyances* »¹⁰⁹⁹. Il était question du film *La dernière tentation du Christ* de Scorsese. Il raconte l'histoire de Jésus qui, tenté par le diable, renonce à être crucifié pour vivre sa vie « humaine » avant de retourner sur la croix à la fin de sa vie. Des associations et particuliers demandaient l'interdiction et la saisie du film sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile. Elles estimaient que le film portait atteinte « *au respect dû aux sentiments les plus profonds des chrétiens et, de façon générale, à toutes les convictions religieuses* ». La Cour d'appel de Paris avait enjoint qu'un avertissement accompagne les instruments de

¹⁰⁹⁸ TGI Paris, 23 octobre 1984 confirmée par Paris, 26 octobre 1984, Gaz. Pal., 1984 p. 727 et s.

¹⁰⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 1990, n° 88-19.366.

publicité du film. Une mesure considérée comme insuffisante par les demandeurs au pourvoi, mais la Cour de cassation juge toutefois que cette mesure a permis de sauvegarder l'équilibre entre la liberté d'expression artistique et le respect dû aux convictions.

361. Le contentieux relatif à la protection du sentiment religieux est bouleversé lorsqu'en 2000 la Cour de cassation indique qu'il n'est plus possible de le protéger sur le fondement des articles 809 du Code de procédure civile et anciennement 1382 du Code civil hors des hypothèses relevant de la loi de 1881. Désormais, seules les expressions constitutives d'une diffamation, d'une injure ou d'une provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence en raison de la religion permettent également l'engagement de la responsabilité civile de leur auteur, « *la Cour de cassation fermait ainsi la porte à une protection des croyances religieuses dépassant le cadre strict de la loi du 29 juillet 1881* »¹¹⁰⁰.

362. Ces délits comportent une dimension subjective et indéfinissable qui fait que s'ils ne répriment pas le blasphème, ils pourraient tout à fait s'en approcher. Le Professeur Basdevant-Gaudemet s'interroge ainsi :

« Binôme péché et crime, ou pénitence et peine, ou encore religieux et droit pénal, ces couples ont entretenu des liens complexes au cours de l'histoire et la complexité s'est considérablement accrue par la prise en compte d'un troisième facteur : la liberté de penser ; celle-ci

¹¹⁰⁰ C. BIGOT, « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 59.

comporte elle-même deux facettes que le droit doit concilier, la liberté religieuse et la liberté d'expression. Aujourd'hui, la première protège la personne même du croyant et la seconde s'exerce sans limite à l'égard, voire à l'encontre, d'une religion. Est-il toujours aisé de tracer, entre les deux, une frontière étanche ? »¹¹⁰¹.

Dans le même sens, Camille Viennot indique que si « *en théorie, seuls les croyants doivent être protégés de l'expression de propos outrageants, diffamatoires ou provoquant la haine, la violence ou la discrimination* », « *la frontière entre l'expression d'une opinion hostile à la religion et ces abus de la liberté d'expression réprimés par la loi est parfois ténue* »¹¹⁰². Aussi, l'appréciation qui est opérée par le juge de ces délits pourrait tendre à s'approcher d'un délit de blasphème. En effet, le blasphème est l'offense faite à la divinité, mais lorsque de cette offense découle également une offense personnelle des croyants, la frontière est précisément loin d'être si étanche, et ce d'autant plus que la religion est appréhendée par la CEDH comme un aspect de l'identité des croyants. Comme l'a souligné le Professeur Rolland :

« La relativité des jugements esthétiques ou la variété des réactions morales s'agissant d'une image sont si faciles et communes à plaider que tout jugement paraît irrémédiablement marqué par la subjectivité. Chacun s'en rapporte à son sentiment et ne voit dans la décision

¹¹⁰¹ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Histoire juridique du blasphème : péché, délit, liberté d'expression ? », *RDP*, 2015, n° 2, p. 309.

¹¹⁰² C. VIENNOT, « Les croyances, symboles et rites religieux en droit de la presse : réflexion autour de l'absence d'incrimination de blasphème en droit français », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, p. 53.

de justice que le fruit du sentiment particulier des juges. On désespère de trouver une réaction, sinon unanime, du moins largement consensuelle qui permettrait de fixer les limites de ce qui est admissible pour les représentations, images ou expressions véhiculées par les médias et proposées au public »¹¹⁰³.

En réalité, le juge français a plutôt fait une appréciation assez étroite de ces délits, condamnant rarement l'expression ressentie comme offensante pour une communauté religieuse¹¹⁰⁴. Il rappelle parfois qu'une telle appréciation doit contribuer à garantir le principe de laïcité. C'est ainsi que dans l'affaire relative aux caricatures publiées dans le journal satirique *Charlie Hebdo*, le TGI de Paris a indiqué ce lien entre la laïcité et la pénalisation de l'expression qui doit en découler :

*« Attendu qu'en France, société **laïque** et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions quelles qu'elles soient et avec celle de représenter des sujets ou objets de vénération religieuse ; que le **blasphème**, qui outrage la divinité ou*

¹¹⁰³ P. ROLLAND, « La critique, l'outrage et le blasphème », *D.*, 2005, n° 20, p. 1326 s.

¹¹⁰⁴ Le juge pénal, particulièrement la Cour de cassation, vérifie qu'elle est face à une attaque directe et personnelle à l'égard des croyants : voir par exemple l'affaire concernant l'affiche publicitaire Marithé François Girbaud parodiant la Cène à propos de laquelle la Cour a jugé que « *la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obédience, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse* » : Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 05-15.822, 05-16.001.

la religion, n'y est pas réprimé, à la différence de l'injure, dès lors qu'elle constitue une attaque personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse »¹¹⁰⁵.

363. La doctrine est divisée quant au bien-fondé de cette jurisprudence, qui estimant qu'elle est malheureuse car « *la grandeur d'une civilisation se mesure à sa capacité de faire respecter ce qui est sacré en l'homme* »¹¹⁰⁶, qui estimant, au contraire, que « *la modernité d'une société se mesure à sa capacité à admettre la désacralisation comme un droit fondamental du citoyen* »¹¹⁰⁷. Même si la position du curseur peut être discutée, dans une société attachée à la laïcité il paraît *a minima* assez évident que le droit ne protège pas directement le contenu des convictions religieuses. Il en va de la liberté d'expression et de la liberté de conscience d'autrui. Cet aspect de la neutralisation de l'ordre public paraît est plus tangible et aisé à mesurer que les nombreux domaines dans lesquels l'ordre public a pu rompre avec des inspirations religieuses bien plus sous-jacentes, voire inconscientes.

¹¹⁰⁵ TGI Paris, 17e ch., 22 mars 2007, *Société des Habous et lieux saints de l'islam*. Rappel similaire dans une autre affaire concernant cette fois-ci la publication d'une tribune dans le journal Charlie Hebdo : TGI Lyon, 24 février 2009, n° 0894249, *Licra c/ M. Siné et autres* : « *En France, société laïque et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer et même de tourner en dérision les religions, les symboles et les rites de la pratique religieuse* ».

¹¹⁰⁶ T. MASSIS, « La foi et la liberté d'expression », *Légicom*, 2015, n° 54, p. 69 s. reprenant l'expression utilisée par la CEDH.

¹¹⁰⁷ C. BIGOT, « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 59.

II. LA SECULARISATION INDIRECTE DE L'ORDRE PUBLIC

364. Dans un article consacré, en 2001, à l'égalité des religions, le Professeur Prélot avait pointé un certain nombre de lacunes du droit français. Il est délicat de prétendre identifier tous les domaines dans lesquels la règle religieuse a pu inspirer la règle civile, mais quelques-uns sont relativement éloquents. Le premier aspect que l'on peut aborder est celui de la sécularisation de l'ordre public dans le rapport de chacun à son corps et à l'utilisation de celui-ci (A), un second aspect est la sécularisation de l'ordre public en matière de mode de vie (B). Dans les débats qui précèdent l'adoption des lois qui contribuent à la sécularisation de l'ordre public, la laïcité est invoquée de manière récurrente de sorte qu'il est possible de considérer qu'elle y exerce une influence.

A. LA SECULARISATION DE L'ORDRE PUBLIC CONCERNANT LA LIBERTE DE DISPOSER DE SON CORPS

365. **Libéralisation de l'ordre public en matière médicale.** Le droit médical a évolué vers une reconnaissance toujours plus grande de la volonté du patient, lui permettant de faire valoir ses choix, y compris s'ils sont fondés sur des mobiles religieux. Le législateur et le juge ont d'abord été réticents à consacrer un véritable droit pour les patients au consentement en matière médicale. De même, le juge administratif n'a pas considéré que la méconnaissance de la volonté du patient dans certains cas était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État¹¹⁰⁸. Sans remettre nécessairement en

¹¹⁰⁸ CE, 26 oct. 2001, n° 198546, *Mme Senanayake* ; CE, ord., 16 août 2002, n° 249552, *Mme Feuillat*.

question cette interprétation jurisprudentielle qui repose sur un équilibre entre la mission du médecin et les droits des patients, la loi dite « Claeys-Léonetti » du 2 février 2016¹¹⁰⁹ consacre plus explicitement un droit au consentement en matière médicale dont la valeur impérative a été inscrite au Code de la santé publique. Ce droit permet au patient de refuser des soins¹¹¹⁰, y compris ceux qui sont nécessaires à sa survie, et ce refus s'impose au médecin, quelle que soit la forme dans laquelle il est exprimé¹¹¹¹. La question de la laïcité n'a pas été absente des débats parlementaires. La députée Jeanine Dubié s'exprimait en ce sens :

*« Si les progrès de la médecine et des traitements ont contribué à allonger l'espérance de vie, nous constatons aujourd'hui que cela peut parfois être au détriment de la qualité de vie et de la dignité. Or qui est le mieux à même d'apprécier cette dignité, si ce n'est l'individu lui-même ? Les radicaux de gauche, attachés à la défense des libertés individuelles, considèrent que le droit de vivre sa mort et de finir sa vie dans la dignité relève d'un choix individuel qu'il convient de respecter. Cette approche est conforme au **principe de laïcité** auquel nous sommes très attachés, qui reconnaît la liberté de conscience visant à l'épanouissement de l'homme en tant qu'individu et citoyen. C'est la volonté de la personne qui doit prévaloir,*

¹¹⁰⁹ Loi du 2 février 2016, n° 2016-87, *créant de nouveaux droits en faveur des malades en fin de vie.*

¹¹¹⁰ Art. L. 1111-4 du Code de la santé publique, spéc. al. 3 et 4.

¹¹¹¹ La loi du 2 février 2016 a inscrit à l'art. L. 1111-11 du CSP le principe selon lequel les directives anticipées s'imposent au médecin.

et sa capacité à apprécier ce qui est digne ou indigne doit lui être reconnue »¹¹¹².

366. **Libéralisation de l'ordre public dans le domaine de la sexualité.** Daniel Borrillo soulignait en 2009 que « *c'est à l'origine la pensée judéo-chrétienne qui a joué, sans aucun doute, le rôle principal dans les représentations occidentales de la sexualité. C'est pourquoi, une théorie juridique neutre de la sexualité doit d'abord s'affranchir du fondement religieux des interdits sexuels* »¹¹¹³. Il explique plus loin que cette pensée a été la source de plusieurs interdits :

« (...) une réglementation minutieuse fut mise en place : les jours d'accouplement, les gestes permis, les échanges verbaux et surtout la finalité reproductive de l'acte sexuel constituaient la matière principale de l'économie érotique occidentale. Fondée sur les Écritures et développée dans les manuels des confesseurs, la condamnation de la sexualité hors mariage a représenté l'assise de la théologie de l'éros : passion, adultère, sodomie, masturbation, concupiscence sont apparus comme des comportements contraires à la morale sexuelle, indépendamment de la volonté de ceux qui les pratiquaient »¹¹¹⁴.

Certains de ces interdits ont existé, sous une forme ou sous une autre, dans l'ordre public français avant de s'estomper peu à peu à mesure que l'ordre public s'est neutralisé. Dans ce processus, la laïcité a souvent été invoquée dans les débats

¹¹¹² AN, 1^{ère} séance du mardi 17 mars 2015.

¹¹¹³ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2009, pp. 13-50, « I. La régulation de l'activité érotique ».

¹¹¹⁴ *Ibid.*

parlementaires comme une valeurs inspirant et légitimant une certaine libéralisation du droit.

367. **Sodomie.** Ce fût le cas du crime de sodomie, plus précisément des relations sexuelles homosexuelles. Elles sont dépénalisées depuis 1791. Mais le régime de Vichy avait incriminé la commission d'un acte impudique ou contre nature avec un individu de même sexe mineur de 21 ans, créant ainsi une discrimination entre les relations homosexuelles et hétérosexuelles. Cette disposition est abrogée par une loi du 4 août 1982¹¹¹⁵.

368. **Contraception.** Autre aspect du détachement progressif entre sexualité et famille dans l'ordre public : la contraception. La loi *Neuwirth*, du 28 novembre 1967, a légalisé la prescription de contraceptifs¹¹¹⁶. Ceux-ci étaient réprimés comme l'avortement. Les débats parlementaires précédant le vote de cette loi indiquent la tension entre ceux qui tiennent à maintenir une morale sexuelle d'inspiration religieuse et ceux qui, *a contrario*, souhaitent la libéralisation des mœurs afin que chacun puisse s'en remettre à sa conscience et à ses convictions religieuses. Le député de l'Union démocratique pour la Vème République, Jean Coumaros, s'exprime ainsi :

¹¹¹⁵ Loi du 4 août 1982, n° 82-683, *abrogation de l'art. 331 (al. 2) du code pénal.*

¹¹¹⁶ Loi du 28 décembre 1967, n° 67-1176, *relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique.*

« La pilule, en revanche, engendre le néant puisqu'elle empêche la formation même de l'œuf et porte atteinte à la finalité de la vie, œuvre sublime du Créateur »¹¹¹⁷.

Dans le sens contraire, le député du groupe de la Fédération de la gauche démocrate et socialiste, Georges Vinson, voit dans la possibilité ouverte par la loi une possibilité conforme à la liberté de conscience :

« Nous voterons cette proposition de loi, car elle respecte, à notre avis, les convictions philosophiques, morales et religieuses de chacun, à partir du moment où elle n'oblige personne à user de méthodes contraceptives s'il ne le désire pas lui-même »¹¹¹⁸.

C'est également le point de vue défendu par le rapporteur et rédacteur de la proposition de loi, Lucien Neuwirth, membre du groupe de l'Union démocratique pour la V^{ème} République :

« Le respect de la liberté des consciences est profondément incrusté en nous. C'est pourquoi il est parfaitement admissible que, par conviction morale ou religieuse, on se refuse à utiliser la liberté individuelle. Mais, en vertu même de ce principe, cette possibilité d'utilisation ne doit pas être interdite par la loi comme c'est le cas actuellement, pour tous ceux qui la souhaitent »¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ J. COUMAROS, AN, débats, 2^{ème} séance du 1^{er} juillet 1967.

¹¹¹⁸ G. VINSON, AN, débats, 2^{ème} séance du 1^{er} juillet 1967.

¹¹¹⁹ L. NEUWIRTH, AN, 2^{ème} séance du 1^{er} juillet 1967.

L'accès aux moyens contraceptifs a été progressivement facilité et la loi santé de 2016 a même inséré dans le Code de la santé publique un alinéa disposant que « *toute personne a le droit d'être informée sur l'ensemble des méthodes contraceptives et d'en choisir une librement* »¹¹²⁰.

369. **Interruption volontaire de grossesse.** La dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) est un autre aspect du détachement entre l'ordre public sexuel et la morale religieuse. Lorsqu'en 1975 l'IVG quitte le champ pénal, elle quitte celui de l'ordre public. Mais les condamnations morales de la pratique restent très majoritaires. La ministre de la Santé, Simone Veil, prononce un discours devant l'Assemblée nationale dans lequel elle insiste largement sur l'aspect négatif de la pratique¹¹²¹, qui apparaît davantage comme une concession faite pour permettre aux femmes qui le pratiquaient clandestinement de le faire dans des conditions correctes du point de vue sanitaire. Le droit à l'IVG s'est peu à peu renforcé. Une loi de 1982 prévoit son remboursement partiel par la sécurité sociale¹¹²², remboursement porté à cent pourcent en 2012. En 1993, le délit d'entrave à l'IVG a été créé¹¹²³. Il a été étendu en 2017 à l'entrave par voie

¹¹²⁰ Art. L. 5131-4 du CSP.

¹¹²¹ W. MASTOR, J. BENETTI, P. ÉGÉA, X. MAGNON, *Les grands discours de la culture juridique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2020, p. 769.

¹¹²² Loi du 31 décembre 1982, n° 82-1172, *relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure*.

¹¹²³ Loi du 27 janvier 1993, n° 93-121, *portant diverses mesures d'ordre social*.

numérique¹¹²⁴. La question de la laïcité surgit à plusieurs reprises dans les débats :

*« La loi ne saurait être dictée par des considérations religieuses. Nous sommes dans un **État laïc**. Chacun est libre de penser, et l'État est le garant de cette liberté, comme il est garant du respect du droit »¹¹²⁵.*

En 2001, les conditions pour recourir à l'IVG sont assouplies. Le délai est allongé à douze semaines et l'accord des parents n'est plus obligatoire pour les mineures. Un réel changement de philosophie se manifeste dans les débats :

*« Notre objectif doit être non seulement d'aider les femmes en difficulté mais également d'inscrire dans la loi la liberté des femmes à disposer de leur corps. Celles-ci n'ont pas besoin que de compassion ou de charité, elles exigent aussi qu'on reconnaisse leur liberté et leurs droits. Aussi, le défi que nous devons relever est celui de **la laïcisation de la loi Veil** »¹¹²⁶.*

Enfin, en 2022 le délai légal de recours à l'IVG est encore étendu -à quatorze semaines- et les modalités pratiques encore assouplies¹¹²⁷. Il est aujourd'hui possible de parler d'un véritable droit de ne pas concevoir des enfants qui est protégé, y compris pénalement. Là encore, le renversement de l'ordre

¹¹²⁴ Loi du 20 mars 2017, n° 2017-347, *relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*.

¹¹²⁵ A. BALLAY, AN, 1^{ère} séance du 26 janvier 2017.

¹¹²⁶ B. CHARLES, AN, 2^{ème} séance du 29 novembre 2000.

¹¹²⁷ Loi du 2 mars 2022, n° 2022-295, *visant à renforcer le droit à l'avortement*.

public est manifeste et permet à chacun de déterminer librement son rapport à la conception selon ses convictions intimes, qu'elles soient religieuses ou non.

370. Ainsi, toutes les formes de sexualité sont désormais permises, même celles qui peuvent nuire à soi-même¹¹²⁸, tant qu'elles sont consenties, et ce peu importe leur finalité.

« À la différence de la morale chrétienne qui imposait un sens univoque de la sexualité, l'État laïc renonce à une telle prétention : chaque individu est libre de donner à sa sexualité la signification qu'il souhaite. La modernité implique ainsi l'abandon d'une érotique uniformisée au profit d'une conception pluraliste des sexualités qui accorde la même valeur aux différents choix individuels. Désormais, l'État doit uniquement veiller à ce qu'aucune conception de la sexualité ne devienne monopolistique »¹¹²⁹.

L'ordre public de la sexualité s'est à ce niveau véritablement neutralisé puisqu'il laisse à chacun la liberté de déterminer le sens qu'il souhaite donner à sa sexualité. Par extension, ce n'est pas seulement le rapport sexuel entre les individus, mais plus globalement le mode de vie tel qu'il est saisi par l'ordre public qui s'est également neutralisé.

¹¹²⁸ CEDH, 17 février 2005, n° 42758/98, 45558/99, *K.A. et A.D. c. Belgique*

¹¹²⁹ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2009, pp. 13-50, « I. La régulation de l'activité érotique ».

B. LA SECULARISATION DE L'ORDRE PUBLIC CONCERNANT LE MODE DE VIE

371. **L'ordre public familial.** Les évolutions de l'ordre public familial sont particulièrement significatives de cette neutralisation de l'ordre public car « *Le droit de la famille est une matière empreinte d'ordre public* »¹¹³⁰, il est « *emblématique de la part symbolique des sources dans un système : il est « le bastion des particularismes nationaux »* »¹¹³¹. S'il a été démontré plus tôt que par certains aspects le droit de la famille reste encore marqué par des valeurs traditionnelles¹¹³², la tendance du droit est clairement de abandonner progressivement. Bien des auteurs ont pointé l'affaiblissement de l'ordre public familial, sa contractualisation. Le Professeur Chantepie décrit le phénomène de contractualisation du droit de la famille : « *l'utilisation du contrat ou de la convention « dans des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumis à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées* »¹¹³³. Les règles impératives en matière de droit de la famille diminuent au profit du jeu de la libre volonté des individus. Plutôt qu'un affaiblissement de l'ordre public, on peut identifier, avec

¹¹³⁰ C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, thèse dactylographiée, Pau, 2018, § 269.

¹¹³¹ P. DEUMIER, « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 230.

¹¹³² Cf. *supra* § 305 s.

Camille Drouiller, une libéralisation de l'ordre public¹¹³⁴. Ceci implique que l'ordre public familial n'est plus -ou de moins en moins- un ordre public imposant un modèle de famille prédéterminé, mais un ordre public permettant à chacun de déterminer son modèle familial selon ses propres conceptions morales : « *la contractualisation révélerait une mutation des sources du droit* »¹¹³⁵.

372. **Fidélité.** Si à une époque il était possible de dire de la mairie et de l'église que « *tout en étant séparées, elles semblent nous parler à peu près de la même chose* »¹¹³⁶, des évolutions se sont produites dans l'ordre public matrimonial. C'est notamment le cas de l'obligation de fidélité, dont on trouve une source directe dans l'Ancien Testament¹¹³⁷. Si l'obligation de fidélité ne disparaît pas¹¹³⁸, sa dépénalisation en 1975 ainsi que sa suppression des causes péremptoires¹¹³⁹ de divorce indique un affaiblissement du caractère d'ordre public de l'obligation. L'adultère reste une faute civile et peut justifier un divorce pour faute, mais le juge peut désormais apprécier la gravité de la faute et juger si elle est suffisante ou non pour fonder un divorce. Par ailleurs, la Cour de cassation a également jugé que le fait d'insinuer, à l'occasion d'une interview pour un magazine, le comportement infidèle d'un homme marié,

¹¹³⁴ C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, thèse dactylographiée, Pau, 2018, § 269.

¹¹³⁵ P. DEUMIER, « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 230.

¹¹³⁶ X. LABBÉE, « la contractualisation du droit familial : et après ? », *ibid.*, p. 263.

¹¹³⁷ Hébreux 13:4.

¹¹³⁸ Art. 212 C. civ. : « *Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ».

¹¹³⁹ Loi du 11 juillet 1975, n° 75-617, *portant réforme du divorce*.

n'était pas nécessairement constitutif d'une diffamation. Elle indique que « *l'atteinte à l'honneur ou à la considération ne pouvait résulter que de la réprobation unanime qui s'attache, soit aux agissements constitutifs d'infractions pénales, soit aux comportements considérés comme contraires aux valeurs morales et sociales communément admises au jour où le juge statue* » avant de préciser que l'atteinte à l'honneur ne saurait résulter de la seule imputation d'une infidélité¹¹⁴⁰.

373. **Union du couple.** Le Professeur Bénabent indiquait en 1996 que « *L'acte de mariage lui-même n'est pas d'ordre public. Il est toujours licite de ne pas se marier, de vivre en concubinage* »¹¹⁴¹. Une étape supplémentaire a été la création du PACS, faisant écrire à Charles Masson également que « *le mariage lui-même n'est plus d'ordre public* »¹¹⁴². Les débats parlementaires qui ont précédé la loi du 15 novembre 1999¹¹⁴³ ont été l'occasion de manifester l'intention « laïque » du législateur qui souhaitait proposer aux couples dans des situations relevant des empêchements au mariage une reconnaissance sociale :

« C'est un texte de liberté, laïque et républicain. Il prend en compte la réalité sociale d'aujourd'hui et

¹¹⁴⁰ Cass., civ. 1^{ère}, 17 décembre 2015, n° 14-29.549.

¹¹⁴¹ A. BENABENT, « L'ordre public en droit de la famille », *in* B. BEIGNIER, T. REVET, *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 28

¹¹⁴² C. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD Civ.*, 2018, p. 809.

¹¹⁴³ Loi du 15 novembre 1999, n° 99-944, *relative au pacte civil de solidarité*.

s'efforce de proposer une solution pour les différents modes de vie qui coexistent. »¹¹⁴⁴

« La République, berceau de la laïcité, ne doit pas rester figée dans des principes d'un autre temps. »¹¹⁴⁵

« Oui, ce texte honore la laïcité de la République ! »¹¹⁴⁶

La laïcité a également largement été invoquée à l'occasion de l'adoption de la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. L'exposé des motifs de cette loi rappelle qu'il fût un temps où des liens étroits liaient mariage et religion :

« Institution pluriséculaire où se reflètent traditions et pratiques religieuses, le mariage est traditionnellement défini comme un acte juridique solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union dont la loi civile règle les conditions, les effets et la dissolution. Prérogative exclusive de l'Église durant l'Ancien régime (...) »¹¹⁴⁷.

Mais ce lien a été rompu à partir de 1791 : « la sécularisation définitive du mariage fut consacrée à l'article 7 de la Constitution de 1791 aux termes duquel « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » »¹¹⁴⁸. Comme pour la loi sur le PACS, les débats parlementaires ont été l'occasion

¹¹⁴⁴ AN, 2^{ème} séance du 3 novembre 1998.

¹¹⁴⁵ AN, 2^{ème} séance du 7 novembre 1998.

¹¹⁴⁶ AN, 1^{ère} séance du dimanche 8 novembre 1998.

¹¹⁴⁷ Loi du 17 mai 2013, n° 2013-404, *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, exposé des motifs.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

pour les députés et sénateurs d'invoquer largement le principe de laïcité pour justifier l'ouverture du mariage aux couples homosexuels :

« Nous disons, pour notre part, que le mariage est une institution qui porte l'empreinte des évolutions de la société. Et c'est cette évolution que nous poursuivons en continuant le processus de laïcisation du mariage »¹¹⁴⁹.

« Répétons-le : rien ne changera pour les couples hétérosexuels ! Rien ne changera en termes juridiques car, bien évidemment, les mariages continueront toujours de leur accorder les mêmes droits. Rien ne changera non plus quant à la conception même du mariage, car ce n'est pas au droit civil de dire le sens symbolique du mariage : de nombreux couples pourront toujours considérer le mariage, leur mariage, comme une alliance pour la vie entre un homme et une femme, dont le but premier est la procréation »¹¹⁵⁰.

« Deuxièmement, le projet de loi ne concerne que le mariage civil ; faut-il encore le rappeler ? Il n'impose à personne des choix moraux qui ne seraient pas les siens. Ne pas imposer, mais protéger : c'est l'un des fondements de notre laïcité. (...) Reste que, pour certains, le mariage demeure à l'évidence chargé d'une forte connotation religieuse. Plus largement, il est perçu comme une institution immuable, porteuse d'une

¹¹⁴⁹ C. TAUBIRA, AN, 2^{ème} séance du 29 janvier 2013.

¹¹⁵⁰ F. RIESTER, AN, 1^{ère} séance du 30 janvier 2013.

certaine idée de la morale. Cependant, dans un État laïc, le rôle du législateur n'est pas de moraliser la société »¹¹⁵¹.

Arnould Bethery de la Brosse évoque ainsi une « *sécularisation* » progressive, dont le mariage homosexuel apparaît comme le dernier résultat »¹¹⁵².

374. **Conception des enfants.** En se détachant de la condition d'hétérosexualité, le mariage a cessé d'avoir pour vocation symbolique la conception des enfants. Ceci a également pris la forme d'autres évolutions, à l'instar de la suppression de la discrimination qui existait entre enfant naturel et enfant légitime¹¹⁵³. De l'autre côté, la conception des enfants a continué de se détacher à la fois de la notion de couple et de celle de procréation naturelle. Elle poursuit le mouvement de libéralisation de l'ordre public familial en permettant à de nouveaux modèles de famille de se réaliser. Bruno Py souligne ainsi que si au départ orgasme et conception étaient liés, les techniques de conception médicalement assistée ont permis de distendre considérablement le lien entre orgasme et conception, tandis que la contraception permet de jouir sans se reproduire¹¹⁵⁴.

En effet, l'aide médicale à la procréation permet désormais de palier l'infertilité d'un couple ou, couplée à un diagnostic préimplantatoire, d'éviter la conception d'un enfant qui hériterait d'une maladie génétique grave. Elle a été ouverte à

¹¹⁵¹ C. CUKIERMAN, Sénat, séance du 4 avril 2013.

¹¹⁵² A. BETHERY DE LA BROSSE, « Droit-Amour-Mariage. L'abandon de la transcendance naturelle », *Droits*, 2014, n° 59, p. 159

¹¹⁵³ Ord. du 4 juillet 2005, n° 2005-759, portant réforme de la filiation.

¹¹⁵⁴ B. PY, « Le droit à l'orgasme ? Cet obscur objet du désir », in RERDHI, *Le droit au bonheur*, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 57 s.

des situations d'infertilité non pas médicale, mais sociale puisque la loi bioéthique de 2021 permet désormais aux femmes seules et couples de femmes d'accéder à l'aide médicale à la procréation¹¹⁵⁵. Cette évolution est dans la continuité de la loi du 17 mai 2013¹¹⁵⁶ qui a permis l'adoption par les couples de même sexe.

375. **Le travail dominical.** L'interdiction du travail le dimanche, inscrite à l'article L. 3132-3 du Code du travail, est une règle qui a longtemps été considérée comme relevant de l'ordre public social. C'est ce qu'expliquait Sylvie Hennion-Moreau dans un article de 1990¹¹⁵⁷ :

« Dans l'état actuel du droit la règle demeure impérative dans la mesure où aucun aménagement contractuel individuel n'est licite. L'ordre public social est sur ce point maintenu ».

Le choix de ce jour de repos dans la semaine peut être associé directement à la tradition chrétienne dans laquelle le dimanche est le jour de repos¹¹⁵⁸, bien que ce choix ne résulte pas nécessairement d'une volonté consciente¹¹⁵⁹. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a fait en sorte de rattacher le droit au

¹¹⁵⁵ Loi du 2 août 2021, n° 2021-1017, relative à la bioéthique.

¹¹⁵⁶ Loi du 17 mai 2013, n° 2013-404, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹¹⁵⁷ S. HENNION-MOREAU, « La règle du repos dominical », *Droit social*, 1990, p. 434.

¹¹⁵⁸ Livre de l'Exode 20.8-11.

¹¹⁵⁹ S. HENNION-MOREAU, « La règle du repos dominical », *Droit social*, 1990, p. 434 : « Ce choix trouve sa cause bien plus dans le respect d'un usage que dans la volonté de consacrer le jour de célébration confessionnelle ».

repos dominical à des principes constitutionnels sans rapport avec la religion :

« en prévoyant que le droit au repos hebdomadaire des salariés s'exerce en principe le dimanche, le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, a entendu opérer une conciliation, qui lui incombe, entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et le dixième alinéa du Préambule de 1946 qui dispose que : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » »¹¹⁶⁰.

Selon le Professeur Gaudu :

« depuis longtemps les syndicats les plus laïques défendent le repos dominical, non par parti pris en faveur d'une religion, mais pour permettre aux couples de salariés de passer ensemble au moins un jour de repos par semaine. À partir du moment où cet objectif, qui a trait à la vie familiale et à la cohésion sociale, est retenu, il est logique de choisir comme jour du repos commun et a priori obligatoire celui où, par ailleurs, le groupe le plus important de salariés souhaitera ne pas travailler. Le repos dominical trouve ainsi son fondement dans une politique publique d'intérêt général, qui tend à donner

¹¹⁶⁰ Cons. const., 6 août 2019, n° 2009-588 DC, *Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.*

chair à des droits fondamentaux sans rapport avec la question religieuse »¹¹⁶¹.

Néanmoins, de fait, le choix de ce jour de repos se fait au détriment d'autres jours, associés à d'autres cultes¹¹⁶². Toutefois, les dérogations à l'interdiction du travail dominical ont été multipliées, à tel point que l'on peut douter aujourd'hui que cette disposition ait toujours l'impérativité qui caractérise une norme d'ordre public. Le droit du travail n'a en effet pas échappé à une forme de libéralisation et, par conséquent, de rétrécissement du contenu de l'ordre public social. Cette libéralisation se produit toutefois davantage au profit du libéralisme économique que de toute autre considération. La neutralisation de l'ordre public social est incidente et repose moins délibérément sur une certaine philosophie de la laïcité que celle qui a touché d'autres domaines.

376. L'évolution de l'ordre public français manifeste incontestablement une sécularisation de celui-ci. Si la protection de valeurs et d'un *modus vivendi* par celui-ci peut toujours être constatée, la confrontation des notions d'ordre public et de laïcité montre que cette dernière stimule une certaine évolution de celui-ci. L'ordre public français laisse de plus en plus de place à la liberté de conscience, à tous les choix, à toutes les libertés qui peuvent en découler. Ce phénomène prend également la forme d'adaptations de l'ordre public.

¹¹⁶¹ F GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2010, p. 65.

¹¹⁶² Samedi pour le culte juif et les adventistes du septième jour, vendredi pour le culte musulman...

SECTION SECONDE. L'ADAPTATION DE L'ORDRE PUBLIC

377. La formule selon laquelle il y aurait une adaptation de l'ordre public peut paraître oxymorique : comment la norme d'ordre public pourrait-elle s'adapter sans perdre cette impérativité qui la caractérise ? En réalité, l'adaptation des règles d'ordre public ne révèle pas nécessairement leur perte d'impérativité mais leur conciliation avec des exigences essentielles contraires. Cette contrariété entre la sécularisation et la garantie de l'exercice des cultes on la trouve dans la laïcité. Jean-François Spitz l'exprime à propos de la laïcité américaine : « *tout effort de l'État pour permettre le libre exercice risque de passer pour une forme d'établissement ou d'encouragement « officiel » alors que, inversement, tout effort pour faire respecter de manière stricte la clause de non-établissement risque d'apparaître comme une manière de défavoriser les adeptes de certaines religions et donc de faire obstacle au libre exercice* »¹¹⁶³. Le constat vaut tout autant selon la formulation de la laïcité qui se trouve à la fois dans l'article premier de la Constitution par lequel la République laïque assure l'égalité en même temps qu'elle ne distingue pas les religions¹¹⁶⁴ et aux articles 1 et 2 de la loi de séparation des églises et de l'État par lesquels la République garantit le libre exercice des cultes en même temps qu'elle ne les reconnaît pas. Ainsi, si la laïcité, en irriguant l'ordre public, se veut uniformisation du droit autour de règles détachées de toute

¹¹⁶³ J.-F. SPITZ, « Le sécularisme aux États-Unis. Réflexions sur le mur de séparation », *Droits*, 2014, n° 59, p. 103.

¹¹⁶⁴ « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances (...)* »

origine religieuse, il en résulte une neutralité formelle qui a parfois la conséquence d'avoir des effets très contraignants à l'égard de certaines religions. La neutralité formelle de l'ordre public est alors susceptible de peser plus lourdement sur certains cultes que sur d'autres. Aussi, l'exclusion provoquée par un ordre public seulement formellement neutre semble étonnamment incompatible avec la laïcité, du moins si l'on admet qu'elle n'est pas seulement aveugle aux religions mais qu'elle est également une « *laïcité-action qui s'impose alors à l'État qui doit garantir la liberté de conscience et l'expression du pluralisme religieux* »¹¹⁶⁵. Ainsi, il est possible de considérer que « *si une norme générale apparemment égalitaire entraîne des inconvénients excessifs pour certaines personnes ou pour un groupe de personnes, les principes d'égalité et de neutralité exigent que l'on aménage leur situation, par exemple par une dérogation à la norme* »¹¹⁶⁶. Ce que certains auteurs appellent la « *neutralité active* »¹¹⁶⁷. L'ordre public, pour ne pas défavoriser considérablement certains cultes, fait l'objet d'adaptations. Il existe un mécanisme qui permet de se soustraire complètement à une obligation relevant de l'ordre public : il s'agit de l'objection de conscience (I) et des mécanismes qui entraînent une adaptation de l'ordre public, on parle alors d'« accommodement raisonnable » (II).

¹¹⁶⁵ C. CASTAING, « Laïcité et liberté religieuse du patient à l'hôpital », *AJDA*, 2017, p. 2505.

¹¹⁶⁶ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, I. RIASSETTO, *Droit français des religions*, Paris : LexisNexis, 2^{ème} éd., 2013, p. 625 § 1035.

¹¹⁶⁷ Par exemple : J. FIALAIRE, « Chapitre 4 (folio n°4325) - Compétences des collectivités territoriales : cultes », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, décembre 2019.

I. L'OBJECTION DE CONSCIENCE

378. **Définition.** Parmi ces mécanismes, certains sont plus extraordinaires que les autres. A ce titre, le mécanisme de l'objection de conscience constitue « *la forme la plus remarquable de l'expression d'une conviction qui se heurte à une règle commune* »¹¹⁶⁸ en ce qu'il s'agit d'un mécanisme légalement prévu, pensé par le législateur qui, sur des questions où le débat politique semble impliquer un conflit de valeur insoluble, propose une voie alternative. Cela reste donc un mécanisme très exceptionnel, une concession faite à la légalité. Celle-ci ne saurait être généralisée sauf à remettre en question l'idée selon laquelle « *nul ne peut se prévaloir de ses croyances personnelles pour s'affranchir des règles communes qui régissent la vie en société* »¹¹⁶⁹. Elle résulte ainsi nécessairement d'une appréciation qui semblera arbitraire à certains, mais n'est, en tout état de cause, consacrée qu'avec parcimonie car elle peut « *représenter une menace pour la cohésion sociale, en exigeant qu'un seul puisse s'affranchir de ce qui vaut pour tous* »¹¹⁷⁰.

379. **Mariage entre personnes de même sexe.** C'est ainsi que le législateur a refusé de prévoir une clause de conscience à destination des maires dans le cadre de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, ne voyant pas dans le fait de procéder au mariage homosexuel une atteinte telle à la conscience des maires devant en assurer la célébration qu'elle

¹¹⁶⁸ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, I. RIASSETTO, *Droit français des religions*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 652, § 1083.

¹¹⁶⁹ Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

¹¹⁷⁰ J.-J. ZADIG, « La loi et la liberté de conscience », *RFDA*, 2013, p. 957.

justifierait l'exception. Le Conseil constitutionnel a indiqué qu'en refusant de donner aux maires une clause de conscience leur permettant de refuser de célébrer des mariages homosexuels, le législateur a souhaité « *garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil* »¹¹⁷¹. Selon Jean-Jacques Zadig, ceci s'explique par le fait que le Conseil dans la décision du 17 mai 2013 à propos de cette même loi¹¹⁷², a indiqué que la règle selon laquelle le mariage était l'union d'un homme et d'une femme n'intéressait pas les droits et libertés fondamentaux¹¹⁷³. C'est donc ici l'ordre public en tant que bon fonctionnement du service public qui prime. L'arbitrage a été différent dans des domaines concernant la vie humaine. C'est d'ailleurs au départ dans le cadre du service militaire obligatoire qu'a émergé l'objection de conscience. Elle devait permettre d'éviter à ceux pour qui la violence inhérente aux activités militaires était contraire à des convictions morales de substituer au service militaire un service civile. Le mécanisme est évidemment devenu obsolète lorsque le service militaire a été rendu facultatif. Mais il s'est développé dans d'autres domaines.

380. **Domaine médical.** Il en va ainsi de la possibilité laissée, par la loi du 17 janvier 1975, aux personnels hospitaliers -médecin, sage-femme, infirmier, auxiliaire médical- de refuser de réaliser ou de participer à une interruption volontaire de grossesse codifiée à l'article L. 2212-8 du Code de la santé

¹¹⁷¹ Cons. const., 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres*.

¹¹⁷² Cons. const., 17 mai 2013, 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe*.

¹¹⁷³ J.-J. ZADIG, « La loi et la liberté de conscience », *RFDA*, 2013, p. 957.

publique¹¹⁷⁴. Cette possibilité permet aux personnels hospitaliers de se soustraire à un aspect de leur mission pour rester en phase avec leurs convictions. La circulaire d'application de la loi du 4 juillet 2001 a d'ailleurs indiqué que l'interruption volontaire de grossesse était une mission de service public¹¹⁷⁵. La possibilité laissée aux personnels hospitaliers ne doit alors pas permettre de faire entrave à la possibilité pour la patiente d'interrompre sa grossesse, c'est pourquoi le médecin qui refuse de la pratiquer doit l'informer « *sans délai* » et lui communiquer « *le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention* ». La réussite de la mission de service public résulte alors d'un équilibre entre les praticiens qui refusent de pratiquer l'interruption de grossesse et ceux qui la pratiquent. Avant 2001, la possibilité était laissée aux chefs de service d'établissements publics hospitaliers de refuser que des interruptions de grossesse ne soient pratiquées dans leur service. La loi du 4 juillet 2001 a supprimé cette possibilité et le Conseil constitutionnel ayant à connaître de cette suppression a jugé qu'était « *ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service* »¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁴ Al. 1 et 2 : « *Un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2.*

Aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse ».

¹¹⁷⁵ Circulaire DGS/DHOS, 28 septembre 2001, n° 2001-467, relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

¹¹⁷⁶ Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.*

La loi de 2001 a également limité la possibilité dont bénéficient toujours les chefs d'établissements hospitaliers privés de refuser que ne soient pratiquées des IVG dans leur établissement. Lorsque l'établissement a demandé à participer au service public hospitalier, le chef ne peut refuser les IVG que si d'autres établissements hospitaliers à proximité les pratiquent¹¹⁷⁷. Tout ceci vaut également pour les autres procédés abortifs, comme la pilule du lendemain, ainsi que le Conseil d'État l'a indiqué à propos de cette dernière : « *la Mifégyne est un produit ayant la propriété d'interrompre la grossesse ; que son emploi est dès lors soumis de plein droit, aux règles posées en la matière par les articles L.162-1 à L.162-14 du code de la santé publique issus des lois des 17 janvier 1975 et 31 décembre 1979 relatives à l'interruption volontaire de grossesse* »¹¹⁷⁸. Le dernier alinéa de l'article L. 2123-1 du Code de la santé publique prévoit qu'un médecin n'est jamais tenu de pratiquer la stérilisation à visée contraceptive. Enfin, une disposition similaire existe également à l'article L 2151-7-1 du Code de la santé publique concernant les recherches sur des embryons humains ou des cellules souches embryonnaires. *In fine*, les personnels médicaux et scientifiques bénéficient de mécanismes leur permettant de se soustraire à la mission de service public qu'ils assurent en raison de leurs convictions lorsqu'il est question de

¹¹⁷⁷ Art. L. 2212-8 du Code de la santé publique, al. 3 et 4 : « *Un établissement de santé privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux.*

Toutefois ce refus ne peut être opposé par un établissement mentionné au 2° de l'article L. 6161-5 ou par un établissement ayant conclu un contrat de concession en application de l'article L. 6161-9 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux ».

¹¹⁷⁸ CE ass., 21 décembre 1990, n° 111417.

manipulations relatives au vivant. Ceci manifeste une certaine adaptation de l'ordre public dans la mesure où le bon fonctionnement de ces missions est nécessairement, fut-ce de façon minimale, impacté.

II. LES « ACCOMMODEMENTS RAISONNABLES »

381. **Définition.** L'« accommodement » est une expression peu utilisée en France et dont l'origine se situe outre atlantique¹¹⁷⁹. Il se définit comme « *une dérogation à une règle générale, dans le cas où cette dérogation est nécessaire au bénéficiaire pour l'exercice d'un droit fondamental sans qu'elle porte significativement atteinte à l'efficacité de cette règle générale* »¹¹⁸⁰. Il fait ainsi référence à des mécanismes qui ne permettent pas aux individus de bénéficier d'un droit de se soustraire à une obligation, mais permettent, encouragent, voire imposent à l'administration des adaptations. Ces adaptations organisationnelles impactent nécessairement un peu l'ordre public, essentiellement dans les services publics. En effet, le fonctionnement normal des services publics implique parfois que certaines prescriptions religieuses soient, de fait, impossibles à respecter si l'on s'en tient au cadre légal commun. Ces accommodements sont dits « raisonnables » car s'ils justifient une adaptation de l'ordre public, celle-ci ne peut aller jusqu'à remettre complètement en question l'équilibre qui doit résulter de celui-ci. En France le terme n'est pas employé. Des auteurs ont souligné la réticence du droit

¹¹⁷⁹ La technique est très employée au Canada mais aurait émergé aux États-Unis : T. GRÜNDLER, « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Délibérée*, 2017, n° 2, p. 60.

¹¹⁸⁰ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, I. RIASSETTO, *Droit français des religions*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 30, § 54.

français à cette idée d'aménagement « *qui représenterait une sorte de privilège contraire aux principes républicains* »¹¹⁸¹. Par ailleurs, ces adaptations, lorsqu'elles résultent de la pratique, sont facilitées lorsque le juge administratif opère, à l'instar de la CEDH, un contrôle de proportionnalité très poussé pour s'assurer que cet équilibre est préservé, ce qu'il ne fait que depuis peu de temps et avec parcimonie¹¹⁸². Elles restent donc relativement limitées.

382. **Des accommodements hors du droit.** Il y a des manifestations pratiques d'adaptation de l'ordre public qui relèvent de la discrétion des autorités publiques, voire d'une acceptation sociale laissant la pratique religieuse en question exister en dehors de tout cadre légal. C'est le cas de la circoncision rituelle. Celle-ci est *a priori* contraire à l'article 16-3 du Code civil dont l'alinéa premier dispose que toute atteinte à l'intégrité du corps humain doit être fondée sur une nécessité médicale. Mais il a été remarqué par Pierre-Jérôme Delage que « *la tolérance envers la pratique de la circoncision rituelle rend[ait], de facto, la jurisprudence inexistante en la matière* »¹¹⁸³.

383. **Des accommodements juridiques discrets.** Il y a légalement peu, voire pas de dispositions prévoyant des adaptations du fonctionnement des services publics aux demandes à caractère

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 31, § 55.

¹¹⁸² C. ROULHAC, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif », *RFDA*, 2018, p. 343.

¹¹⁸³ P.-J. DELAGE, « Chapitre 4. Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2015, n° 26, p. 63.

religieux. Dans ce domaine, c'est le pragmatisme, la casuistique, au mieux le droit souple qui interviennent le plus souvent. Et ce n'est pas un hasard si des « chartes de la laïcité » ont été mises en place dans les services publics : elles traduisent les incertitudes du législateur en la matière. Il ne souhaite pas infléchir le cadre législatif qui repose tout entier sur la volonté d'assurer l'ordre public, surtout dans les services publics : un bon ordre indispensable à la réussite de la mission qui leur est allouée. La Charte de la laïcité dans les services publics, rédigée et diffusée depuis 2007¹¹⁸⁴, rappelle ainsi :

« les usagers accueillis à temps complet dans un service public, notamment au sein d'établissements médico-sociaux, hospitaliers ou pénitentiaires ont droit au respect de leurs croyances et peuvent participer à l'exercice de leur culte, sous réserve des contraintes découlant des nécessités du bon fonctionnement du service »

« La liberté de conscience est garantie aux agents publics. S'ils peuvent bénéficier d'autorisations d'absence pour participer à une fête religieuse, c'est à la condition qu'elles soient compatibles avec les nécessités du fonctionnement normal du service ».

Les responsables des services publics, plus généralement l'administration, consentent à des adaptations qui tendent parfois à devenir des obligations selon le juge. Ces adaptations reposent sur un équilibre entre le bon fonctionnement du

¹¹⁸⁴ Charte diffusée pour la première fois dans la circulaire du Premier Ministre du 13 avril 2007, n° 5209, relative à la Charte de la laïcité dans les services publics.

service public et la volonté de respecter les convictions religieuses tant des usagers que des agents.

384. **Les autorisations d'absence pour motif religieux des agents publics.** Rien dans le statut de la fonction publique ne prévoit la possibilité pour les agents de solliciter des autorisations d'absence pour motif religieux. Le calendrier français fait que les jours fériés correspondant à des fêtes religieuses sont des fêtes chrétiennes. Afin de permettre aux adeptes des autres cultes de pouvoir célébrer les fêtes propres à leur religion, des autorisations d'absence peuvent être sollicitées par les agents du service public. C'est par voie de circulaire que la pratique est encouragée depuis 1967¹¹⁸⁵. La dernière circulaire en date est celle du 10 février 2012¹¹⁸⁶ indique :

« La circulaire FP n°901 du 23 septembre 1967 a rappelé que les chefs de service peuvent accorder aux agents qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession, les autorisations d'absence nécessaires. (...) Je vous serais obligé de rappeler aux chefs de service placés sous votre autorité qu'ils peuvent accorder à leurs agents une autorisation pour participer à une fête religieuse correspondant à leur confession dans la mesure où cette absence est compatible avec le fonctionnement normal du service ».

¹¹⁸⁵ Cf. supra § 224.

¹¹⁸⁶ Circulaire du ministre de la Fonction publique du 10 février 2012, NOR : MFPP1202144C, relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions.

Ainsi, si des autorisations d'absence peuvent être données, ceci doit être compatible avec le « fonctionnement normal du service ». Le juge administratif rappelle que le refus ne saurait être fondé sur un autre motif celui-ci¹¹⁸⁷. Toutefois, les circulaires constituent un cadre juridique peu protecteur, et ce d'autant plus qu'elles se contentent d'indiquer que l'octroi d'autorisations d'absence est possible. Le rapport « Zuccarelli » de décembre 2016 sur la laïcité et la fonction publique indiquait qu'« *en l'absence de loi ou de règlement, ces autorisations, obtenues à la demande, peuvent susciter des tensions et des frustrations importantes de la part d'agents qui n'en bénéficieraient pas ou se verraient accorder un nombre inférieur de jours, ce qui pourrait donner le sentiment qu'une confession est mieux considérée qu'une autre* »¹¹⁸⁸.

385. **Traitement des morts.** Il y a des hypothèses où l'ordre public funéraire entre en contradiction avec les prescriptions de certains cultes. Dans ce cas, des exceptions ont pu être aménagées en pratique, laissant là encore entrevoir un ordre public qui s'accommode. De telles exceptions ne sont pas toujours possibles. Tout ce qui relève de la salubrité publique ne peut ainsi pas faire l'objet d'adaptations, et on est là dans un domaine où l'impérativité de l'ordre public ne faiblit pas. C'est ainsi que le droit funéraire oblige à la mise en bière des corps, et s'oppose aux prescriptions musulmanes qui veulent que le corps soit inhumé en pleine terre.

Mais d'autres aspects semblent pouvoir faire l'objet d'adaptations. C'est le cas des regroupements confessionnels.

¹¹⁸⁷ CE, 12 février 1997, n° 125893, *Mlle Henry*.

¹¹⁸⁸ A. ZUCCARELLI, *Laïcité et fonction publique*, rapport fait au ministre de la Fonction publique, décembre 2016, p. 28.

Leur interdiction par la loi du 14 novembre 1881 est souvent un obstacle pour certaines familles à l'inhumation de leurs proches en France. Depuis 1975, des circulaires du ministre de l'Intérieur ont ainsi indiqué que les maires peuvent procéder à des regroupements factuels de sépultures selon les cultes¹¹⁸⁹. Le juge administratif a toutefois rappelé qu'un maire ne peut pas se fonder sur l'avis d'une autorité religieuse pour décider du lieu d'inhumation d'un défunt¹¹⁹⁰. En 2006, le *rapport de la commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*¹¹⁹¹ a été l'occasion de souligner qu'un certain nombre de règles applicables au traitement des morts était susceptible d'entrer en contradiction avec les prescriptions de plusieurs religions. Le rapport rappelait que l'interdiction des regroupements confessionnels était plutôt mal acceptée par les communautés musulmanes et juives qui attachent une importance particulière à celui-ci. Ceci entraînait une expatriation massive des corps de personnes musulmanes ou juives, même de nationalité française¹¹⁹². Dans le même sens que les deux circulaires du ministre de l'Intérieur, le rapport préconise un regroupement factuel des tombes selon les cultes qui donne la possibilité aux maires de permettre l'inhumation dans une zone dédiée à un culte à tous les défunts qui le souhaitent. Ceci n'implique ni de connaître nécessairement le culte du défunt, ni de devoir se référer à une autorité religieuse pour procéder à l'inhumation dans la zone

¹¹⁸⁹ Circ. du ministre de l'Intérieur du 28 novembre 1975, n° 75-603 et du 14 février 1991, n° 91-30.

¹¹⁹⁰ TA de Grenoble, 5 juillet 1993, *Rec.*, p. 657.

¹¹⁹¹ J.-P. MACHELON, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, rapport de la commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, La documentation française, 2006.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 59.

dédiée¹¹⁹³. Il souligne toutefois que beaucoup de maires expriment des difficultés à faire reposer une telle organisation sur les simples préconisations d'une circulaire. Ces regroupements restaient donc peu mis en œuvre malgré les recommandations du ministre de l'Intérieur et les maires appelaient le législateur à régler de manière claire la question. La commission propose en outre que le législateur revienne sur l'interdiction d'étendre ou de créer des cimetières privés dans l'hypothèse où les regroupements confessionnels dans les cimetières publics ne permettraient pas de faire face à l'afflux des demandes¹¹⁹⁴. La circulaire du ministre de l'Intérieur du 19 février 2008¹¹⁹⁵ va ainsi dans le même sens en indiquant que les maires peuvent procéder à des regroupements confessionnels. Elle invite également les communes dont le cimetière dispose de regroupements confessionnels à créer un ossuaire distinct pour conserver les restes des corps exhumés dans ces espaces.

386. **Restauration collective.** Un autre aspect manifestant une volonté d'accommoder le bon fonctionnement du service public à des impératifs religieux est la question sensible de la restauration collective. La dernière circulaire en la matière date du 16 août 2011. Elle est venue rappeler que dans les cantines scolaires, comme dans les cantines hospitalières, rien n'oblige l'administration à proposer des repas de substitution¹¹⁹⁶. La proposition de menus de substitution reste donc à la discrétion de l'administration.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 61.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 64.

¹¹⁹⁵ Circulaire du ministre de l'Intérieur du 19 février 2008, NOR/INT/A/08/00038/C.

¹¹⁹⁶ Circulaire du ministre de l'Intérieur du 16 août 2011, NOR/IOCK1110778C, *Rappel des règles afférentes au principe de laïcité* -

Cette possibilité laissée à l'administration vaut aussi dans les lieux de privation de liberté, où les détenus étant, par définition, privés absolument de la liberté d'aller et de venir, ils ne peuvent exercer leur culte que dans la mesure où l'administration ne l'empêche pas et fournit les moyens nécessaires. Si certaines questions sont réglées par le Code de procédure pénale et ne semblent plus poser de problèmes particuliers, la question de la restauration collective dans les lieux de privation de liberté reste, comme dans les autres services publics, un domaine dans lequel l'administration doit naviguer à vue. En effet, l'article 9 de l'annexe à l'article R. 57-6-18 du Code de procédure pénale dispose que « *chaque personne détenue reçoit une alimentation variée, bien préparée et présentée, répondant tant en ce qui concerne la qualité que la quantité aux règles de la diététique et de l'hygiène, compte tenu de son âge, de son état de santé, de la nature de son travail et, dans toute la mesure du possible, de ses convictions philosophiques ou religieuses* ». La formulation est prudente : « *dans toute la mesure du possible* », il revient donc à l'administration de définir les limites de ce qu'il est possible ou non de proposer aux détenus en matière d'alimentation. Le Conseil d'État, a eu à connaître de la conventionalité de cette disposition au regard de l'article 9 de la CESDH et de sa légalité au regard notamment de l'article 26 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Il a indiqué :

« si l'observation de prescriptions alimentaires peut être regardée comme une manifestation directe de croyances et pratiques religieuses au sens de l'article 9 de

demandes de régimes alimentaires particulier dans les services de restauration collective du service public.

la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les dispositions critiquées, qui visent à permettre l'exercice par les personnes détenues de leurs convictions religieuses en matière d'alimentation sans toutefois imposer à l'administration de garantir, en toute circonstance, une alimentation respectant ces convictions, ne peuvent être regardées, eu égard à l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires et aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements, comme portant une atteinte excessive au droit de ces derniers de pratiquer leur religion »¹¹⁹⁷.

Si rien ne semble obliger les personnes publiques à mettre en place un menu adapté à des prescriptions religieuses, rien ne l'interdit non plus. En tout cas le principe de laïcité l'interdit pas. Ceci a été rappelé à l'occasion d'une affaire dans laquelle était contestée une délibération par laquelle le conseil municipal de Chalon-sur-Saône avait approuvé la modification du règlement des restaurants scolaires municipaux impliquant la suppression des menus de substitution au porc :

« Les principes de laïcité et de neutralité auxquels est soumis le service public ne font, par eux-mêmes, pas obstacle à ce que, en l'absence de nécessité se rapportant à son organisation ou son fonctionnement, les usagers du service public facultatif de la restauration scolaire se voient offrir un choix leur permettant de bénéficier d'un menu équilibré sans avoir à consommer des aliments

¹¹⁹⁷ CE, 25 février 2015, n° 375724, *M. Stojanovic*.

proscrits par leurs convictions religieuses ou philosophiques »¹¹⁹⁸.

Cette discrétion a pu donner le sentiment à certains usagers qu'elle tendait à bénéficier plus à certains qu'à d'autres. C'est ainsi que dans cette affaire, la Cour administrative d'appel de Lyon, dans le même sens que le fait le Conseil d'État depuis une quinzaine d'année¹¹⁹⁹ a jugé que le fait, pour une cantine scolaire, de proposer du poisson le vendredi, alors qu'aucune disposition du règlement n'indique que les menus doivent tenir compte des prescriptions religieuses, n'implique pas une discrimination à l'égard des autres religions. La Cour ajoutait également que lorsque des menus de substitution ont été mis en place, il n'est pas possible de se fonder « *exclusivement sur les principes de laïcité et de neutralité du service public pour décider de mettre un terme à une telle pratique* »¹²⁰⁰.

387. Les différents services publics dans lesquels sont proposés des services de restauration collective sont néanmoins encouragés à proposer des menus permettant d'éviter de heurter les convictions religieuses des usagers. La Charte de la laïcité dans les services publics le rappelle :

¹¹⁹⁸ CAA Lyon, 23 octobre 2018, n°17LY03323, 17LY03328, *Commune de X*.

¹¹⁹⁹ CE, 25 octobre 2002, n° 251161, *Mme Renault* : « *Mme X soutenait, d'une part, que la composition des repas servis dans les cantines scolaires de la commune d'Orange portait atteinte à la liberté religieuse en ce que, ne comportant pas de viande le vendredi, elle privilégiait les enfants de confession chrétienne (...) les dispositions relatives aux menus qui ne font référence à aucun interdit alimentaire ne présentent pas non plus un caractère discriminatoire en fonction de la religion des enfants ou de leurs parents* ».

¹²⁰⁰ CAA de Lyon, 23 octobre 2018, n°17LY03323, 17LY03328, *Commune de X*.

« le service s'efforce de prendre en considération les convictions des usagers dans le respect des règles auquel il est soumis et de son bon fonctionnement ».

Dans les établissements pénitentiaires, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a émis un avis en 2011¹²⁰¹ dans lequel il indique que les établissements ont la possibilité de proposer des menus très variés et adaptés aux convictions religieuses des détenus sans que cela ne perturbe particulièrement l'ordre public dans l'établissement, notamment en engendrant un surcoût. Il plaide ainsi pour une véritable obligation positive à l'égard de l'administration pénitentiaire. Seuil que le juge ne semble pas décidé à franchir. La Cour administrative d'appel de Lyon a eu l'occasion de se prononcer dans un arrêt rendu en 2014 à propos de la fourniture de repas à base de viande halal aux détenus. L'affaire était née du refus du directeur du centre pénitentiaire de Saint-Quentin-Fallavier de proposer aux détenus musulmans des menus composés de viande halal. La Cour a remarqué que le centre pénitentiaire offrait aux détenus plusieurs types de menus -normal, sans porc, végétarien- qui leurs permettaient de ne pas consommer des produits prohibés par leur religion. Elle a remarqué également qu'un service de cantine permet aux détenus d'acquérir des produits supplémentaires, notamment des viandes conformes aux prescriptions religieuses qui sont les leurs. Ils pouvaient aussi, à l'occasion des principales fêtes religieuses, demander que des menus particuliers leurs soient préparés. Elle a donc jugé que *« l'administration pénitentiaire ménage ainsi un juste*

¹²⁰¹ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 24 mars 2011, NOR : CPLX1110094V, avis relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté.

équilibre entre les nécessités du service public et les droits des personnes détenues en matière religieuse ; que, par suite, le refus opposé, le 11 avril 2013, à sa demande de distribution régulière de viande halal, ne peut être regardé comme méconnaissant les exigences rappelées par les dispositions précitées en matière de liberté religieuse »¹²⁰². L'affaire a finalement été portée devant le Conseil d'État. Le rapporteur public, Aurélie Bretonnaud, a indiqué dans ses conclusions¹²⁰³ que les détenus ne se voient pas imposer la consommation de produits interdits par leur religion. Par ailleurs, ils peuvent effectivement se fournir des produits conformes dans les cantines, moyennant paiement de ces produits, ce qui ne règle pas le problème :

« Si l'on entre dans ce raisonnement, alors la difficulté soulevée par le pourvoi est réelle, puisqu'elle fait dépendre la possibilité offerte aux détenus de bénéficier d'une alternative aux menus aconfessionnels, alternative nécessaire au respect de l'article 9 en l'espèce, de leurs moyens financiers. Or la Cour européenne des droits de l'homme a fermement refusé, dans son arrêt Vartic c. Roumanie, de prendre en compte des alternatives rendues de facto accessibles à une partie seulement des détenus concernés. Elle a ainsi écarté l'argument tiré par l'État roumain de ce que les détenus avaient le droit de se faire apporter de la nourriture conforme à leurs convictions au parloir en relevant qu'il s'agissait là d'une compensation imparfaite, puisqu'elle dépendait de la

¹²⁰² CAA LYON, 22 juillet 2014, n°14LY00113.

¹²⁰³ A. BRETONNAUD, concl. pour CE, 10 février 2016, n° 385929.

situation financière et géographique de la famille du détenu (§50) ».

388. Elle analyse ensuite les conditions exactes d'obtention de ces produits, et souligne que l'administration pénitentiaire fournit une aide numéraire et/ou matérielle aux détenus dont les ressources sont en-dessous d'un plafond fixé. Ceci permettrait à l'administration de consentir à une aide financière ou en nature pour que les détenus qui souhaitent accéder à des produits conformes à leurs prescriptions religieuses le puissent quels que soient leurs moyens. C'est donc davantage vers une obligation négative que se porte l'appréciation du juge : celle de ne pas imposer à des détenus la consommation de produits interdits par leurs convictions. De là à analyser le Code de procédure pénale comme impliquant une obligation positive pour l'administration de proposer des menus conformes aux convictions religieuses des détenus dans **toute la mesure** où cela ne perturbe pas trop le bon fonctionnement de l'établissement, il y a un cap que le juge français ne franchit pas. Ainsi que le souligne Xavier Bioy :

« seule l'alternative « possible/impossible » devrait être prise en compte s'agissant d'une exigence religieuse et suivant la formulation du texte (...) la Cour européenne aura un autre regard, n'admettant les limitations des obligations positives que par une réelle impossibilité, c'est-à-dire une impossibilité permanente et structurelle. Le possible n'est pas le raisonnable »¹²⁰⁴.

¹²⁰⁴ X. BIOY, « Dans toute la mesure du possible... », *AJDA*, 2016, p. 1127.

389. Et pour cause : la CEDH effectue, comme à son habitude, un contrôle de proportionnalité très poussé pour déterminer si les contraintes entraînées par une demande de menu sont trop importantes pour qu'il y soit donné suite. Dans l'affaire *Jakobski c. Pologne*¹²⁰⁵, elle rappelle que les prescriptions alimentaires relèvent bien de l'article 9 de la Convention, et juge que la fourniture de repas végétariens à des détenus qui le demandent n'entraîne ni contraintes organisationnelles, ni baisse de la qualité des repas pour les autres détenus. Elle doit ainsi être proposée. En transposant une telle analyse, et comme le fait le Contrôleur général des lieux de privation de liberté¹²⁰⁶, le juge national pourrait vérifier si, effectivement, la fourniture de viande rituelle, par exemple, entraîne un surcoût, ou des complexités excessives d'organisation¹²⁰⁷. Le juge élude cette question en se contentant de vérifier que les détenus peuvent se fournir ce type de produits par d'autres moyens.
390. Une forme d'esquive que reproduit également le juge dans les services de restauration collective scolaires ou hospitaliers. Il se contente de rappeler d'une part que rien n'oblige ces services à fournir des menus adaptés aux convictions des

¹²⁰⁵ CEDH, 7 décembre 2010, n° 18429/06, *Jakobski c/ Pologne*.

¹²⁰⁶ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 24 mars 2011, NOR : CPLX1110094V, *avis relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté*.

¹²⁰⁷ *Ibid.* : « dès lors que les conditions du marché des aliments le permettent (ce qui est très généralement le cas aujourd'hui en France), la fourniture de viandes ou d'autres aliments préparés selon les rites approuvés par les autorités religieuses compétentes doit être recherchée et mise en œuvre. Les indications recueillies par le contrôle général n'ont d'ailleurs pas permis d'établir que le prix de ces aliments serait prohibitif ; tout au contraire, les prix pratiqués apparaissent parfois inférieurs à ceux des produits habituellement achetés ».

usagers, d'autre part que ce sont des services facultatifs, donc rien ne justifie même qu'ils s'abstiennent de servir certains types d'aliments ou proposent une alternative car les usagers ne sont aucunement tenus d'y recourir. Le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a indiqué dans une affaire concernant une cantine scolaire que « *la restauration scolaire constitue un service public dont la fréquentation est facultative et auquel les usagers peuvent recourir dans la mesure compatible avec leurs convictions religieuses ; qu'ainsi, le maire de la commune de Sannois, en opposant un refus à une demande d'aménagement particulier des repas servis au jeune A..., n'a pas porté atteinte, au regard des stipulations et dispositions précitées, à la liberté de religion de l'enfant ni à sa liberté d'exprimer sa religion par le respect de prescriptions alimentaires* »¹²⁰⁸. Le juge administratif indique également que ce refus ne constitue ni une atteinte au principe de neutralité, ni une atteinte au principe d'égalité. C'est bien sur une vision procédurale de la neutralité que se fonde ici le juge, rappelant que si adaptation il y a, celle-ci ne relève pas d'une obligation juridique. Un raisonnement qui a toutefois pour conséquence que, de fait, certains usagers se trouvent privés de l'accès à ces services.

391. C'est d'autant plus gênant que la question de la restauration collective, surtout à l'école, est toujours très débattue et semble cristalliser une partie des passions autour de la laïcité et du respect des convictions religieuses. Il est toutefois surprenant que dans ce domaine ce soit encore la voie de l'adaptation de l'ordre public qui soit empruntée alors qu'il serait possible d'emprunter celle de sa libéralisation. En effet, la mise en

¹²⁰⁸ TA Cergy-Pontoise, 30 septembre 2015, n° 1411141, *M. et Mme M...*

place de menus végétariens permettrait de répondre au problème car c'est bien la question de la viande qui suscite les débats : l'interdiction de manger du porc est une prescription des religions musulmanes et juives tout comme celle de manger de la viande qui n'est pas obtenue selon un abattage rituel ; l'interdiction de manger des protéines animales est une prescription de certains courants bouddhistes par exemple ; tandis que la consommation de viande le vendredi a été traditionnellement interdite aux chrétiens. Certains restaurants scolaires avaient d'ailleurs mis en place ce type de menus avant qu'un arrêté ministériel de 2011 ne l'interdise¹²⁰⁹. L'argument relatif au respect des convictions religieuses et philosophiques a été développé à l'occasion du dépôt d'un amendement à la loi du 30 octobre 2018 *pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*¹²¹⁰. Cet amendement¹²¹¹ proposait que les services de restauration scolaire et les services de restauration accueillant des enfants de moins de six ans, un menu végétarien soit proposé quotidiennement. L'exposé sommaire de cet amendement indiquait :

« En France, la législation oblige de servir viande, poisson et produits laitiers à des fréquences définies. Elle empêche ainsi les familles qui le souhaiteraient de voir leur enfant bénéficier quotidiennement de repas

¹²⁰⁹ Arrêté du 30 septembre 2011, NOR : AGRG1032380A, *relatif à la qualité nutritionnelle des repas servis dans le cadre de la restauration scolaire.*

¹²¹⁰ Loi du 30 octobre 2018, n° 2018-938, *pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.*

¹²¹¹ Amendement présenté par Mme VALETTA ARDISSON et M. TROMPILLE, 13 avril 2018, n° CE1248.

végétariens ou végétaliens équilibrés, et instaure de fait une discrimination pour ces familles. La proposition d'une option végétarienne quotidienne équilibrée, qui convient à toutes les communautés religieuses et philosophiques, favoriserait au contraire l'accès à la cantine du plus grand nombre ».

Enfin, la loi du 30 octobre 2018 a mis en place, à titre expérimental et pour deux ans, la proposition d'un menu alternatif végétarien au moins une fois par semaine dans tous les services de restauration collective¹²¹². Le Défenseur des droits a également insisté sur l'intérêt d'une généralisation des repas végétariens, qui a le mérite de répondre à la plupart des demandes religieuses et également aux demandes de plus en plus nombreuses de menus végétariens fondées sur des convictions philosophiques¹²¹³. Une telle généralisation pourrait manifester une neutralisation plus aboutie de l'ordre public : le bon fonctionnement du service public de la restauration collective n'aurait plus à être adapté ponctuellement en raison des demandes religieuses. Son fonctionnement normal reposerait désormais sur un mode d'alimentation susceptible de correspondre au plus grand nombre car s'approchant du plus petit dénominateur commun, ou du moins susceptible d'heurter le moins possible les différentes convictions. Ceci aurait également le mérite de mettre fin à un questionnement qui fait couler autant l'encre des greffes que celui des journaux. Ainsi que l'a souligné Anne Kimmel-Alcover « *cette seule référence à un « droit mou » est incontestablement porteuse d'une certaine incertitude*

¹²¹² Art. L. 230-5-6 du C. rur.

¹²¹³ Défenseur des droits, *Un droit à la cantine scolaire pour tous les enfants*, rapport, 18 juin 2019, recommandation n°6, p. 39

juridique »¹²¹⁴, et une clarification pourrait susciter l'apaisement. C'est une solution qui bénéficie par ailleurs de l'appui de la CEDH. La Cour, dans l'affaire *Jakobski c. Pologne* a jugé que la fourniture d'un repas végétarien par des services pénitentiaires n'impliquait pas de contraintes particulières pour l'administration de nature à bouleverser le bon fonctionnement du service ou à faire baisser la qualité des repas fournis aux autres détenus¹²¹⁵. Une appréciation réitérée en 2013 dans l'affaire *Vartic c. Roumanie*¹²¹⁶. Selon le Professeur Marguénaud :

*« la Cour ne pourrait donc pas juger que la décision de ne pas manger les animaux est raisonnable quand on est bouddhiste et déraisonnable quand on est athée ou agnostique. Elle pourrait encore plus difficilement considérer que l'on peut raisonnablement exiger un régime végétarien quand on est détenu et qu'il serait déraisonnable de le demander lorsque l'on est libre mais acculé par des contraintes scolaires, professionnelles ou autres à la nécessité de recourir à des organismes de restauration collective. En définitive, le petit arrêt Jakobski c/ Pologne du 7 décembre 2010 pose de grandes questions qui débordent largement le cadre pénitentiaire (...) »*¹²¹⁷

392. La voie de l'adaptation de l'ordre public est très certainement empruntée dans de nombreuses situations, particulièrement

¹²¹⁴ A. KIMMEL-ALCOVER, « Restauration scolaire et laïcité : quand la religion de l'élève s'invite à la table de la cantine », *RDSS*, 2014, p. 146.

¹²¹⁵ CEDH, 7 décembre 2010, n° 18429/06, *Jakobski c/ Pologne*.

¹²¹⁶ CEDH, 17 décembre 2013, n° 14150/08, *Vartic c/ Roumanie*.

¹²¹⁷ J.-P. MARGUENAUD, « Le droit du détenu à un régime végétarien », *RSC*, 2011, p. 221.

dans les services publics, où se rencontrent un ordre public spécial, dédié à la réussite d'une mission, et des agents et usagers qui doivent parfois laisser de côté leurs convictions religieuses, mais sans les renier. Une neutralité active, manifestant la volonté de garantir la liberté religieuse, s'y manifeste par des aménagements du fonctionnement de ces services. Il est toutefois regrettable que celle-ci transite essentiellement par des normes de droit souple. Il s'agit certes, ce faisant, d'éviter de modifier, au moins formellement, les exigences de la laïcité, notamment celle de non-reconnaissance des cultes, mais à sacraliser ainsi les principes on laisse des questions sensibles se régler dans des cadres juridiques moins protecteurs qui laissent plus de place à la discussion et génèrent du contentieux. La question est délicate et porte sur le sens profond de la neutralité de l'État. Soit l'on s'en tient à la sécularisation de l'ordre public qui est le résultat d'une séparation organique et philosophique entre les cultes et l'État, et on laisse alors des inégalités de fait entre les religions exister : on recherche alors une neutralité formelle du droit. Soit l'on recherche une neutralité des effets du droit mais celle-ci commande de s'intéresser aux cultes et de renier en partie l'idée de séparation. Vincent Valentin souligne ainsi que « *Séparation et Neutralité forment un couple harmonieux ou conflictuel selon la philosophie de l'éducation de l'enfant dont ils ont la garde, la liberté de conscience* »¹²¹⁸. La laïcité française a toujours été prise entre ces deux conceptions, les articles 1 et 2 de la loi du 9 décembre 1905 le confirment. Mais il n'est pas aisé de revenir expressément sur ce qui est généralement perçu comme la spécificité, l'identité de la laïcité française : la séparation organique entre l'État et les cultes. Aussi la laïcité inspire-t-elle une neutralisation à géométrie

¹²¹⁸ V. VALENTIN, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.

variable de l'ordre public : affirmée lorsqu'il est question de le détacher de ses inspirations religieuses, discrète lorsqu'il est question de corriger ses effets à l'égard de convictions religieuses. Ce dernier aspect peut en partie s'expliquer par la persistance d'une vision « républicaine » de la laïcité qui se montre réticente à la prise en compte positive de la religion. Cette conception, particulièrement visible dans les courants militants, irrigue plus profondément l'ordre public qu'il n'y paraît.

CHAPITRE II

L'ORDRE PUBLIC REFLETE LA « LAÏCITE REPUBLICAINE »

393. Dans une entrevue publiée dans la revue *Cités* en 2012, le ministre de l'Éducation Vincent Peillon s'exprime ainsi :

« Nous affirmons qu'il existe des valeurs communes, socle de la vie publique et sociale, dans lesquelles croyants ou incroyants se reconnaissent. Ces valeurs ne sont pas réductibles à la simple tolérance entre Églises conçues comme des associations, ou une neutralité bienveillante entre personnes, mais sont un socle de valeurs qui peuvent être affirmées et inculquées. L'idéal laïque est donc au-delà des seules valeurs de tolérance et de neutralité, sans être par ailleurs un substitut aux valeurs religieuses. Il affirme et soutient des valeurs positives comme le respect, l'intérêt général, la justice, la dignité de la personne, l'égalité des droits et des devoirs dans une société traversée par la concurrence et la compétition. La laïcité est la revendication d'un possible

soCLE commun de valeurs pour assurer la liberté de chaque personne. C'est une volonté, un idéal et une foi, non la seule organisation d'un consensus ou d'une paix sociale comme coexistence de communautés. Tout ne se vaut pas »¹²¹⁹.

Il défend une conception substantielle de la laïcité qui n'est pas celle usuellement associée à la laïcité par les juristes, mais celle associée à la laïcité par certains courants militants¹²²⁰. Ces conceptions militantes de la laïcité convergent assez largement vers une conception « républicaine » de la laïcité¹²²¹ dont les grands traits sont une mise à distance de la liberté religieuse au profit de la liberté de conscience, une importance particulière accordée à l'école publique et une valorisation du lien direct entre individu et République au détriment appartenances communautaires. Cette conception de la laïcité ne s'exprime que très rarement de manière directe dans le droit mais Selon Stéphanie Hennette-Vauchez et Vincent Valentin, « *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* »¹²²². C'est, en effet, plutôt à travers la police des cultes, et donc le cadre fournit par l'ordre public, que ressortent ses traits marquants. L'encadrement de la pratique collective des cultes par l'ordre public sera évoqué en premier lieu car il exprime avec le plus d'évidence une certaine méfiance persistante à l'égard du fait religieux (section

¹²¹⁹ V. PEILLON, « Qu'est-ce que la morale laïque ? », *Cités*, 2014, n° 52, p. 95.

¹²²⁰ Cf. *supra* § 98 s.

¹²²¹ Cf. *supra* § 111 s.

¹²²² *Ibid.*, p. 61.

première). Les développements suivants seront quant à eux consacrés au rapport individuel à la foi (section seconde).

SECTION PREMIERE. L'ENCADREMENT DE LA PRATIQUE RELIGIEUSE COLLECTIVE

394. Ainsi que le souligne Jean Morange, « *l'appréhension du religieux n'échappe pas à ce principe qui le domine. L'ordre juridique français est d'abord et avant tout un ordre individualiste où l'on admet toujours avec réticence tout ce qui pourrait faire écran entre la nation et le citoyen* »¹²²³. L'un des traits marquants des conceptions militantes de la laïcité étant l'idée que la laïcité doit permettre de connecter les individus à l'État et minimiser les phénomènes d'appartenance communautaire, celle-ci a pu inspirer un traitement spécifique des groupements religieux. En effet, l'encadrement des groupements culturels dans le droit français ne repose ni véritablement sur le principe de neutralité -des groupements spécifiques aux cultes ont été prévus et ils permettent de distinguer les cultes les uns des autres- ni sur la volonté en premier lieu de préserver la liberté des cultes -les avantages se lisent plutôt comme des mécanismes incitatifs visant à cantonner les cultes dans leur domaine. En ce sens, la police des cultes aborde les groupements religieux avec une certaine méfiance. Originelle, celle-ci s'est manifestée dans la nature des groupements prévus pour l'exercice des cultes (I) et se confirme par des dispositions ultérieures ayant significativement « raidi » l'encadrement des groupements culturels (II).

¹²²³ J. MORANGE ? « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *RFDA*, 2005, p. 153 s.

I. DES GROUPEMENTS SPECIFIQUES EXPRIMANT UNE CERTAINE MEFIANCE A L'EGARD DES CULTES

395. Le législateur aurait pu opter pour les supports de droit commun et ce d'autant plus que l'exigence de neutralité voudrait plutôt que l'organisation des cultes relève des cadres juridiques de droit commun pour l'exercice des libertés collectives. C'est au moins en partie ce qui a été prévu pour certaines libertés collectives, comme celle de manifester, mais il n'en est pas ainsi de la liberté d'association. Ainsi, le législateur de la III^{ème} République a, d'abord par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, créé un régime spécifique pour les congrégations religieuses (A), puis par la loi du 9 décembre 1905, créé la catégorie des associations culturelles (B).

A. LES CONGREGATIONS RELIGIEUSES

396. Le régime juridique qui a été prévu pour les congrégations religieuses est un régime d'ordre public. Il participe de la police des cultes et la méconnaissance de ses dispositions impératives est pénalement sanctionnée. C'est un régime qui exprime particulièrement une volonté de contrôle à l'égard de ces groupements. En effet, le régime en question se distingue de celui des associations culturelles, diocésaines ou ordinaires, par sa sévérité. Les dispositions relatives aux congrégations ont été prévues par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association dans un titre spécifique, aux articles 13 et suivants. Elles sont fondées sur un certain nombre d'arguments dont l'analyse est intéressante. Ils ont fait l'objet d'une critique assez sévère de Léon Duguit :

« Pour qu'il y eût un critérium juridique permettant de distinguer la congrégation de l'association ordinaire, il faudrait qu'il y eût de la part des membres de la congrégation une manifestation extérieure de volonté tombant sous la prise du droit et susceptible de donner à l'association considérée un caractère particulier. Or, il nous paraît qu'un pareil critérium n'existe point. Les caractères, que les rapporteurs de la loi à la chambre et au sénat, M. Trouillot et M. Vallé, ont paru admettre comme signes distinctifs de la congrégation, sont les suivants : au premier rang, les vœux, solennels ou perpétuels, simples ou temporaires, en général vœux de chasteté, de pauvreté et d'obéissance ; les statuts de la congrégation qui ont une partie canonique qui forme la règle ; la perpétuité de l'association qui est la conséquence du but pieux qu'elle poursuit ; le costume et la vie en commun. Or, il est facile de montrer qu'aucun de ces éléments ne peut avoir une influence quelconque sur le caractère d'une association (...) Ainsi la législation de 1901 et de 1904 peut s'expliquer peut-être par des considérations d'ordre politique que nous n'avons pas à apprécier. Au point de vue du droit, elle constitue une violation directe des principes de liberté d'association, de liberté d'enseignement et d'égalité civile et la liquidation des biens appartenant aux congrégations, telle qu'elle a été ordonnée par les lois précitées et exécutée en fait, n'est rien de moins qu'une spoliation »¹²²⁴.

Les « *considérations d'ordre politique* » visées par Duguit sont l'écho de certaines conceptions républicaines de la laïcité. Les

¹²²⁴ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., 1923, p. 290.

débats parlementaires de la loi de 1901 fournissent des arguments en ce sens.

397. **Débats parlementaires.** Lorsque le Président du Conseil, Waldeck-Rousseau, prend la parole à la chambre des députés pour répondre au long plaidoyer du Comte Albert de Mun contre les dispositions relatives aux congrégations religieuses du projet de loi, il place d'emblée le débat sur le terrain d'une lutte de pouvoir :

« la Chambre a mis en présence les opinions les plus opposées, et elle a fait surgir de part et d'autre, des contradictions aussi éloquentes que passionnées. Il ne faut pas en être surpris, car une loi sur les associations est le point inévitable de rencontre où doivent venir se heurter deux doctrines qui, depuis longtemps, se disputent l'empire du monde et les gouvernements des États, celle de la suprématie de la société civile, celle de la prééminence du pouvoir religieux »¹²²⁵.

Un argument qui, à la rigueur, pouvait avoir un certain sens sous le régime des cultes reconnus, mais qui peut, depuis la loi de 1905, susciter une certaine perplexité. Pourquoi un groupement de droit privé, qui ne dispose d'aucune légitimité particulière, d'aucune compétence juridique, et d'aucun pouvoir coercitif devrait-il s'inscrire dans une lutte de pouvoir vis à vis de la société civile ?

¹²²⁵ Séance du 21 janvier 1901, *JO Débats parlementaires*, 22 janvier 1901, p. 112.

398. Plus tard au cours du débat, c'est au nom de la protection des droits et libertés des personnes qu'il défend le texte :

« Notre droit public proscriit tout ce qui constituerait une abdication des droits de l'individu, une renonciation à l'exercice des facultés naturelles à tous les citoyens : droit de se marier, d'acheter, de vendre, de faire le commerce, d'exercer une profession quelconque, de posséder ; en un mot, tout ce qui ressemblerait à une servitude personnelle. De là vient que tout engagement personnel doit être temporaire, et que, même pour un temps, il ne peut être absolu, porter sur l'ensemble des facultés ou des droits de la personne. Autrement, loin de tourner au profit de chacun de ses membres, il le diminue ou l'anéantit. Or, tel est le vice de la congrégation. Elle n'est pas une association formée pour développer l'individu ; elle le supprime ; il n'en profite pas, il s'y absorbe (...) quand de la personnalité humaine vous avez retranché ce qui fait qu'on possède, ce qui fait qu'on raisonne, ce qui fait qu'on se survit, je demande ce qui reste de cette personnalité »¹²²⁶.

Le principe des congrégations religieuses était à l'origine celui d'un engagement pour la vie de la part de des membres, et c'est cela, sans doute, qui a posé un double problème : au regard de la dévotion que cela implique de la part d'une communauté d'individus à l'égard d'un pouvoir concurrent de l'État ; au regard des droits de l'Homme, particulièrement de la liberté personnelle, qui s'oppose à la négation du consentement que serait un engagement insusceptible d'être remis en question. C'est donc ce double objectif d'affirmation

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 114.

du pouvoir civil et de protection de la liberté de conscience qui semble justifier le régime particulièrement sévère qui a été institué à l'époque pour les congrégations religieuses.

399. L'argument reposant sur l'absorption des membres de la congrégation est surprenant par son paternalisme : aucun citoyen n'est tenu d'être membre d'une congrégation. Par ailleurs, les vœux perpétuels sont prohibés depuis le décret du 13-19 février 1790 et la Cour de cassation veille par sa jurisprudence à ce que tout engagement perpétuel -religieux ou non- soit nul¹²²⁷. Ce principe a même, dans une période nettement plus récente, fait l'objet d'une consécration par le Conseil constitutionnel qui le fait découler de l'article 4 de la Constitution¹²²⁸, puis d'une mention expresse à l'article 1210 du Code civil qui dispose dans son alinéa premier que « *les engagements perpétuels sont prohibés* »¹²²⁹. En réalité, le problème de fond ne se situe pas dans la valeur juridique des vœux : ils n'en ont tout simplement pas. Ainsi que Léon Duguit le précisait : « *au point de vue du droit moderne, ce ne sont pas des manifestations extérieures de la volonté en vue de produire un effet de droit. Les vœux de pauvreté, de chasteté et d'obéissance sont des résolutions intérieures, qui relèvent de la conscience individuelle de chacun, que le législateur ne peut pas connaître, n'a pas le droit de connaître. Il ne peut donc pas fonder tout un système législatif sur un acte de*

¹²²⁷ Dans son rapport annuel de 2014, la Cour de cassation consacre une étude au temps dans laquelle il est indiqué que la Cour s'est rapidement emparée de ce concept afin de lui donner une consistance juridique par sa jurisprudence : Cass. civ., 28 juin 1887, *S.*, 1887, 1, p. 380, cité par Cour de cassation, rapport annuel, 2014, Livre 3.

¹²²⁸ Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

¹²²⁹ Ord. du 10 février 2016, n° 2016-131, art. 2.

volonté intérieure, qui échappe entièrement à son empire »¹²³⁰. Il est possible que le problème résulte davantage du fait que ces vœux échappent précisément au législateur. Cette autolimitation est la rançon de la liberté de conscience, mais heurte une conception de la laïcité dans laquelle il est inconcevable que l'individu s'aliène à ses convictions. La justification présentée par le Président du Conseil va même encore un peu plus loin : selon lui, par nature, la congrégation et le renoncement aux droits de ses membres qu'elle implique est contraire à l'ordre public. Or, les associations contraires à l'ordre public seront déclarées nulles selon l'article 3 de la loi. Aussi, présente-t-il la congrégation religieuse comme une faveur : un régime dérogatoire leur permettra ainsi d'avoir une existence légale tout en les soumettant à un contrôle plus avancé de l'administration¹²³¹.

400. La démonstration qui a été faite par les rapporteurs de la loi de 1901 et le Président du Conseil a les caractères de la laïcité républicaine. Elle exprime une double méfiance : à l'égard de la liberté religieuse, perçue comme négatrice de la liberté de pensée et à l'égard de la liberté d'association car la congrégation est perçue comme un groupement absorbant à outrance ses membres et les éloignant de la République. Cette concurrence n'a sans doute plus beaucoup de sens à l'époque actuelle, mais au début du XX^{ème} siècle la législation sur les congrégations ne visait de fait que les congrégations catholiques et s'analysait selon la Commissaire du

¹²³⁰ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., 1923, p. 291.

¹²³¹ Séance du 21 janvier 1901, *JO Débats parlementaires*, 22 janvier 1901, p. 114.

gouvernement Bénédicte Folscheid comme « *une sorte de « chasse aux sorcières » légale* »¹²³².

401. **Régime des congrégations.** C'est donc à un régime sévère que sont, *a minima* depuis la Révolution, soumises les congrégations religieuses. Maurice Hauriou décrit le cadre préexistant à celui de la loi du 1^{er} juillet 1901 dans son Précis de droit administratif publié en 1900¹²³³ : les congrégations devaient bénéficier d'une autorisation préalable, non pas en tant qu'ordre, mais en tant qu'établissement¹²³⁴ tandis que les congrégations non autorisées existaient de fait sauf à être dissoutes¹²³⁵. Les congrégations, en tant que personnes morales, ont par la suite été soumises à une autorisation préalable par l'article 13 de la loi de 1901. Cette autorisation a d'abord été une autorisation législative avant d'être une autorisation délivrée par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État¹²³⁶. Ce cadre a été durci en 1902 par la création du délit d'établissement de congréganiste non autorisé et en 1904 par l'interdiction aux congréganistes d'enseigner. Il a ensuite été assoupli dans les années 1940 où ces deux dispositions ont été abrogées¹²³⁷. Le cadre juridique apparaît

¹²³² B. FOLSCHEID, « Les conditions de reconnaissance légale d'une congrégation », concl. sur CAA Paris, 9 juin 2006, n° 04PA01642, *AJDA*, 2006, p. 2067.

¹²³³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 1900, p. 132 s.

¹²³⁴ *Ibid.*, pp. 137-138.

¹²³⁵ *Ibid.*, pp. 135-136.

¹²³⁶ C'est la loi du 8 avril 1942 qui a remplacé le système précédent de reconnaissance légale par un système de reconnaissance réglementaire.

¹²³⁷ Par la loi du 3 septembre 1940 qui leur permet à nouveau d'enseigner et la loi du 8 avril 1942 qui supprime l'interdiction faite aux congrégations de se constituer et de se maintenir en dehors de toute reconnaissance. Dispositif

désormais comme étant plus libéral dans la mesure où il n'interdit pas aux congrégations de fait d'exister. Il reste sévère dans la mesure où pour bénéficier de la personnalité juridique et des droits afférents, elles doivent obtenir l'autorisation de l'administration. En effet, dans un avis de 1989, le Conseil d'État a bien précisé qu' « *aucun groupement ne dispose du droit de choisir arbitrairement le régime juridique qui lui est applicable (...) tout groupement qui réunit un ensemble d'éléments de nature à caractériser une congrégation, tels que la soumission à des vœux et une vie en commun selon une règle approuvée par une autorité religieuse, ne peut que se placer sous le régime de la congrégation religieuse défini par le titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901, et non sous le régime des associations régies par le titre I^{er} de cette loi* »¹²³⁸. Au passage il en profite pour identifier les critères permettant de caractériser la congrégation, ceux-ci n'ayant jamais été déterminés par ailleurs.

B. LES ASSOCIATIONS CULTUELLES ET PARA-CULTUELLES

402. Un groupement spécifique a été prévu par le législateur en 1905, et ce n'est pas le moindre des paradoxes pour une loi visant à mettre fin au régime des cultes reconnus. Il s'agit de l'association cultuelle -ou association diocésaine, qui, proposée par le législateur à partir de 1923, ne s'en distingue pas vraiment du point de vue de son régime¹²³⁹. A l'origine, ces

suspendu après la Libération puis remis en place en 1970 par le gouvernement Pompidou.

¹²³⁸ CE, int., avis, 14 novembre 1989, n° 346.040.

¹²³⁹ L'église catholique romaine estimait que les règles relatives à l'association cultuelle étaient incompatibles avec l'organisation hiérarchique propre au culte catholique. La loi du 2 janvier 1907 *concernant l'exercice public du culte a*

groupements devaient permettre la transmission des biens aux cultes, mais ils sont désormais un outil offrant un cadre aux cultes à la fois plus avantageux et plus étreint. Pensée pour faire entrer les activités religieuses dans un cadre étroit et contrôlé, l'association culturelle est devenue le prolongement de la lutte contre certaines formes de religiosité, particulièrement les sectes. Ses critères ont muté à cet effet sous l'influence de l'administration et de son juge.

403. **Avantages.** La loi de 1905 prévoit en effet que les associations ayant un objet exclusivement culturel peuvent à ce titre bénéficier d'un statut particulier¹²⁴⁰. Si ce statut était au départ lié à la nécessité de transférer les biens culturels vers des groupements privés, il a évolué et donne désormais également droit à certains avantages. Ces avantages sont intéressants car le fonctionnement d'un culte nécessite des moyens financiers : il faut, entre-autre, entretenir ou louer un lieu de culte, acheter le matériel nécessaire aux pratiques culturelles, rémunérer les ministres du culte. Aussi, proposer aux associations culturelles des avantages financiers en contrepartie de l'exclusivité de leur

autorisé à son art. 4 l'exercice du culte par des associations simplement déclarées régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 et le bénéfice de la liberté de réunion en vertu de la loi du 30 juin 1881 pour l'exercice du culte. L'art. 5 leur permet d'utiliser les édifices du culte. Finalement l'église catholique a élaboré un modèle de statuts compatibles à la fois avec l'organisation propre à ce culte et les dispositions relatives aux associations culturelles. Il s'agit des associations diocésaines. Leur conformité à la loi de 1905 a été constatée par le Conseil d'État dans un avis du 13 décembre 1923 (cité par F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, I. RIASSETTO, *Droit français des religions*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 1256, § 1969 s.). Ces associations ont un objet plus restreint que les associations culturelles et un mode d'organisation spécifique, mais peuvent bénéficier des mêmes avantages.

¹²⁴⁰ Loi du 9 décembre 1905, *sur la séparation des églises et de l'État*, art. 19.

objet n'est pas une incitation anodine. Ces avantages sont notamment :

- La possibilité de recevoir des dons et legs¹²⁴¹, exemptés de droits de mutation¹²⁴².
- La déduction fiscale partielle des dons effectués à des associations culturelles par des particuliers¹²⁴³ ou des entreprises¹²⁴⁴.
- L'exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties pour les édifices affectés au culte¹²⁴⁵.
- L'abaissement du taux de la taxe de publicité foncière et du droit d'enregistrement pour l'acquisition d'immeubles¹²⁴⁶.
- L'exonération de la taxe d'habitation pour les édifices exclusivement affectés à l'exercice du culte¹²⁴⁷.
- La possibilité de conclure un BEA avec une collectivité territoriale en vue de la construction d'un édifice culturel¹²⁴⁸.

¹²⁴¹ Loi du 25 décembre 1942, n° 1114, *portant modification de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État*.

¹²⁴² Art. 795-10° du CGI.

¹²⁴³ Art. 200-1 du CGI.

¹²⁴⁴ Art. 238 bis du CGI.

¹²⁴⁵ Art. 1382-4° du CGI.

¹²⁴⁶ Art. 713 du CGI.

¹²⁴⁷ Ainsi que l'a indiqué le Conseil d'État dans une décision du 13 janvier 1993, n° 115474, *Ministre du Budget c/ Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy et Ministre du Budget c/ Association Agape*.

¹²⁴⁸ Art. L. 1311-2 du CGCT.

- La garantie des emprunts contractés en vue de la construction d'un édifice du culte par la commune ou le département¹²⁴⁹.

- La possibilité de recevoir à titre gratuit des immeubles de rapport, de les administrer et d'en tirer un bénéfice à condition que les ressources annuelles qui ne sont ni strictement nécessaires à l'accomplissement de leur objet, ni grevées de charges pieuses ou cultuelles, à l'exclusion des ressources provenant de l'aliénation de ces immeubles, ne représentent pas une part supérieure à 50% de leurs ressources annuelles totales¹²⁵⁰.

404. **Critère d'identification de l'association cultuelle.** La reconnaissance du statut d'association cultuelle nécessite une déclaration de l'association à l'occasion d'une demande à l'administration fiscale que celle-ci pourra contester à ce moment ou retirer ultérieurement¹²⁵¹. Tout groupement ayant des activités qui sortent du champ strictement cultuel ne pourra pas bénéficier de ces avantages. Le paradoxe étant que rien ne définit ce qu'est un « culte » au sens de la loi de 1905, ni dispositions écrites, ni critères jurisprudentiels. Comment, dès lors, déterminer ce qui est exclusivement cultuel quand on ne sait même pas exactement ce qui est cultuel ? La section de l'Intérieur du Conseil d'État dans l'avis rendu en 1989 à propos des groupements pour l'exercice du culte a indiqué

¹²⁴⁹ Pour les communes : art. L. 2251-4 du CGCT ; pour les départements : art. L. 3231-5 du CGCT.

¹²⁵⁰ Possibilité créée par la loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 71, ajoutant à la loi du 9 décembre 1905 *sur la séparation des églises et de l'État* un art. 19-2.

¹²⁵¹ Le Conseil d'État l'a rappelé dans l'avis de 1989 : CE, int., avis, 14 novembre 1989, n° 346.040.

qu'un groupement qui revendique le statut d'association culturelle doit « mener des activités ayant « exclusivement pour objet l'exercice d'un culte », telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte (...) ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte »¹²⁵². L'avis ainsi rendu ne permet toutefois pas de comprendre *a priori* avec exactitude ce qu'est ou non une activité purement culturelle. Par exemple, les activités lucratives qui servent à obtenir des ressources nécessaires pour financer l'exercice du culte ou l'entretien des édifices peuvent-elles être assimilées à des activités culturelles ? C'est davantage de manière négative que ressortent les cadres posés en matière d'association culturelle, la jurisprudence administrative nous permettant de comprendre ce qui ne relève pas des activités culturelles au sens de l'article 19 de la loi de 1905. En 1983 le Conseil d'État a ainsi admis le refus d'accorder le statut d'association culturelle à une association, car « en admettant même que l'association *Fraternité des serviteurs du monde nouveau* ait aussi pour objet l'exercice d'un culte, il ressort des pièces du dossier qu'elle se consacre depuis sa création à l'édition et à la diffusion de publications doctrinales ; qu'ainsi, alors même qu'elle a pris la forme d'une association culturelle, elle n'a pas exclusivement un tel objet »¹²⁵³. Il en a été de même d'une association « qui se consacre également à **des activités de caractère social et culturel** » et ainsi « ne peut bénéficier du régime prévu par le titre IV de la loi du 9 décembre 1905 en faveur des associations dont l'exercice du culte est l'objet

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ CE, 21 janv. 1983, n° 32350, *Association Fraternité des serviteurs du monde nouveau*.

exclusif »¹²⁵⁴. Lorsque les statuts de l'association ont d'autres objets que l'objet culturel, le juge constate la non-exclusivité de l'objet pour refuser le statut d'association culturelle. Il en est allé ainsi de l'association culturelle de *l'Église apostolique arménienne de Paris* dont l'objet statutaire était « *de promouvoir la vie spirituelle, éducative, sociale et culturelle de la communauté arménienne* »¹²⁵⁵.

405. Le Conseil a complété l'avis de la section de l'Intérieur dans un avis contentieux rendu en 1997 :

*« Il résulte des dispositions des articles 18 et 19 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État que les associations revendiquant le statut d'association culturelle doivent avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte, c'est-à-dire, au sens de ces dispositions, la **célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques. En outre, ces associations ne peuvent mener que des activités en relation avec cet objet telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte.***

La reconnaissance du caractère culturel d'une association est donc subordonnée à la constatation de

¹²⁵⁴ CE, 9 octobre 1992, n° 94455, *Commune de Saint Louis c. association Siva Soupramanien de Saint-Louis*.

¹²⁵⁵ CE, 29 oct. 1990, n° 86973, *Association culturelle de l'Église apostolique arménienne de Paris*.

l'existence d'un culte et à la condition que l'exercice de celui-ci soit l'objet exclusif de l'association.

Le respect de la condition relative au caractère exclusivement culturel de l'association doit être apprécié au regard des stipulations statutaires de l'association en cause et de ses activités réelles. La poursuite par une association d'activités autres que celles rappelées ci-dessus est de nature, sauf si ces activités se rattachent directement à l'exercice du culte et présentent un caractère strictement accessoire, à l'exclure du bénéfice du statut d'association culturelle »¹²⁵⁶.

406. En dépit de la tentative de définition effectuée, il faut bien reconnaître qu'un certain flou demeure, à tel point que le Professeur Gonzalez qualifie l'œuvre du Conseil d'État de « *non-avis* »¹²⁵⁷. En effet, si l'avis semble élargir légèrement la catégorie en indiquant que des activités autres que culturelles ne privent pas une association de l'accès au statut d'association culturelle à condition qu'elles soient directement liées et nécessaires à l'exercice du culte, des éléments de complexité ressortent de cet avis. Le champ matériel de l'activité purement culturelle reste le même que celui énoncé en 1989, mais des activités annexes sont possibles si elles sont étroitement liées à celui-ci. A l'imprécision de la catégorie initiale s'ajoute l'imprécision d'une catégorie supplémentaire. Les conclusions du Commissaire du gouvernement Arrighi de

¹²⁵⁶ CE ass., avis, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*.

¹²⁵⁷ G. GONZALEZ, « Les témoins de Jéhovah peuvent constituer des associations culturelles », note sous CE, Ass., avis, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, *RFDA*, 1998, p. 69.

Casanova pour cet avis apportent quelques éléments de compréhension. Pour ce qui est de la qualification d'une activité culturelle, il renvoie aux critères évoqués par Jean Carbonnier : un élément subjectif -« *la croyance en une foi ou divinité* » - et un élément objectif -« *l'existence d'une communauté se réunissant pour pratiquer cette croyance lors de cérémonies* ». Concernant le caractère accessoire d'éventuelles activités non purement culturelles, le Commissaire du gouvernement indique qu'il est nécessaire « *que leur importance demeure secondaire ; et surtout qu'elles se rattachent directement à l'exercice du culte* »¹²⁵⁸. L'interprétation du juge administratif sera alors certainement le résultat d'une appréciation subtile et mesurée : à quel point une activité paraît liée à l'exercice du culte ? Son importance ne dépasse-t-elle pas un certain seuil ?

407. Le fait pour les lois de 1901 et de 1905 d'avoir prévu des groupements dédiés dont le but est de surveiller et délimiter l'activité culturelle est symptomatique des hésitations du rapport entre l'État et les cultes. La logique de séparation et de neutralité n'est alors pas exclusive d'une logique de reconnaissance et de contrôle. Cette double logique n'est pas l'apanage des hésitations qui se manifestent naturellement dans le cadre d'un changement juridique d'importance puisqu'elle se poursuit dans les évolutions de l'encadrement des groupements culturels.

¹²⁵⁸ J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE ass., avis, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, RFDA, 1998, p. 61.

II. DES RAIDISSEMENTS LEGISLATIFS CONFIRMANT LA MEFIANCE A L'EGARD DES CULTES

408. Si certaines mesures ont pu aller dans le sens d'un assouplissement des règles applicables aux congrégations et aux associations cultuelles, d'autres réaffirment la persistance d'un rapport de méfiance de l'État à l'égard des groupements cultuels. La législation relative aux sectes est symptomatique de cela (A) tout comme les dernières dispositions relatives aux groupements religieux issues de la loi confortant le respect des principes de la république (B).

A. LA LEGISLATION RELATIVE AUX SECTES

409. **Émergence de la politique de lutte contre les sectes.** L'ordre public français se fait le relai d'une crainte à l'égard des groupements religieux dans la lutte contre les sectes qu'il entreprend. L'approche étymologique du terme indique la connotation qu'on souhaite lui donner. Rattachée au latin *sequi*, qui signifie « suivre », la secte apparaît comme n'étant rien d'autre qu'un mouvement religieux suivi par des fidèles. Rattachée au latin *secare*, qui signifie « couper », la secte apparaît cette fois-ci davantage comme un mouvement de séparation. Au mieux, on la voit comme un schisme religieux donnant naissance à un nouveau courant qui se distingue du courant majoritaire, au pire on la voit comme un mouvement qui coupe ses fidèles de leur milieu social. La connotation fortement péjorative donnée au terme en France le relie bien davantage à cette dernière acception. La méfiance se porte entre-autre et sans surprise sur l'idée que le groupement sectaire absorberait ses membres et les couperait de leur lien avec la République. Le rapport « Vivien » souligne ainsi que

les individus « *peuvent, en outre, rompre avec leur dépendance nationale, car la secte devient comme une supranationalité* »¹²⁵⁹. Le rapport « Gest-Guyard » en 1995 indique la persistance de cette inquiétude à l'égard des groupements sectaires. L'idée selon laquelle ces groupements auraient des velléités politiques est à nouveau exprimée : « *plusieurs personnes ont évoqué devant la Commission les infiltrations ou tentatives d'infiltration auxquelles se livreraient les sectes au sein des pouvoirs publics* »¹²⁶⁰. La secte apparaît tel un groupement étranger qui se développerait sur le territoire, suspect d'espionnage voire de subversion.

410. **Institutionnalisation.** Le rapport proposait à nouveau la création d'un organe d'observation des sectes. La proposition aboutit à la création de l'Observatoire interministériel sur les sectes¹²⁶¹. Il est chargé : « *d'analyser le phénomène des sectes ; d'informer le Premier ministre du résultat de ses travaux ; de faire des propositions au Premier ministre afin d'améliorer les moyens de lutte contre les sectes* »¹²⁶². Il est remplacé en 1998 par la Mission interministérielle de lutte contre les sectes (MILS)¹²⁶³. Celle-ci voit ses missions élargies puisqu'elle n'a désormais plus simplement un rôle auprès du Premier ministre mais plus largement une mission d'information et de signalement à l'égard de l'administration et des administrés.

¹²⁵⁹ A. VIVIEN, *Les sectes en France : expression de la liberté morale ou facteur de manipulation ?*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1985, p. 25.

¹²⁶⁰ GEST, J. GUYARD, 22 décembre 1995, rapport n° 2468, fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes.

¹²⁶¹ Décret du Premier ministre, 9 mai 1996, n° 96-387, *portant création d'un observatoire interministériel sur les sectes*.

¹²⁶² *Ibid.*, art. 2.

¹²⁶³ *Ibid.*

Elle doit ainsi « *inciter les services publics à prendre (...) les mesures appropriées pour prévoir et combattre les actions des sectes qui portent atteinte à la dignité de la personne humaine et à l'ordre public. A ce titre, la mission signale aux administrations compétentes les agissements portés à sa connaissance qui lui paraissent appeler une initiative de leur part ; elle dénonce aux procureurs de la République les faits qui sont susceptibles de recevoir une qualification pénale* », mais également « *contribuer à la formation et à l'information des agents publics sur les méthodes de lutte contre les sectes* » et « *informer le public sur les dangers que présente le phénomène sectaire* »¹²⁶⁴. Ses missions ont également été précisées : alors que l'observatoire devait remettre un rapport annuel sans qu'en soit précisé le contenu ou l'objectif, la MILS remet un rapport qui « *recense les agissements des sectes qui ont été portés à la connaissance de la mission et dont elle estime qu'ils sont contraires à la dignité de la personne humaine ou constituent une menace pour les libertés publiques* »¹²⁶⁵. La MILS devient en 2002 la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Miviludes)¹²⁶⁶, ses missions restent similaires à celles de la MILS. Elle a récemment été rattachée au secrétariat général du comité interministériel pour la prévention de la délinquance et de la radicalisation¹²⁶⁷.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, art. 1^{er}.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, art. 4.

¹²⁶⁶ *Ibid.*

¹²⁶⁷ Décret du 15 juillet 2020, n° 2020-867, modifiant le décret n° 2002-1392 du 28 novembre 2002 instituant une mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires.

411. **Sanction des « dérives sectaires ».** Le dispositif pénal de lutte contre les « sectes » a été complété à partir des années 2000. La loi du 15 juin 2000 *renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes*¹²⁶⁸ permet aux associations de lutte contre les sectes d'exercer les droits de la partie civile, dans le but d'éviter aux victimes l'obligation de sortir de l'anonymat et la peur d'éventuelles représailles. La loi du 12 juin 2001, dite loi « About-Picard »¹²⁶⁹, est la première loi pénale dédiée au renforcement de la répression des mouvements sectaires. Elle crée une nouvelle possibilité de dissolution « *de toute personne morale qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités* ». Celle-ci ne peut être prononcée que si les dirigeants ou la personne morale elle-même ont fait l'objet d'une condamnation pénale pour l'une des infractions listées : atteintes volontaires ou involontaires à la vie ou à l'intégrité

¹²⁶⁸ Loi du 15 juin 2000, n° 2000-516, *renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes*, art. 105, codifié à l'article 2-17 du CPP : « *Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant par ses statuts de défendre et d'assister l'individu ou de défendre les droits et libertés individuels et collectifs peut, à l'occasion d'actes commis par toute personne physique ou morale, dans le cadre d'un mouvement ou organisation ayant pour but ou pour effet de créer ou d'exploiter une dépendance psychologique ou physique, dès lors que ces actes portent atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 222-1 à 222-6, 222-7 à 222-14, 222-15 à 222-18, 222-22 à 222-32, 223-5 à 223-6, 224-1 à 224-5, 225-5 à 225-12, 225-13 à 225-16, 227-15 à 227-17-2, et 227-22 à 227-27, 311-1, 311-3 à 311-11, 312-1 à 312-12 et 313-1 à 313-4, 314-1 à 314-2, 321-1 du code pénal lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée* ».

¹²⁶⁹ Loi du 12 juin 2001, n° 2001-504, *tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales*.

physique ou psychique de la personne, mise en danger de la personne, atteinte aux libertés de la personne, à la dignité de la personne, à la personnalité, mise en péril des mineurs, atteintes aux biens, exercice illégal de la médecine ou de la pharmacie, publicité mensongère, fraudes, falsifications. Elle crée également une possibilité de dissolution pénale des groupements sectaires à titre de peine complémentaire¹²⁷⁰. Par ailleurs la loi étend la responsabilité pénale des personnes morales pour un certain nombre d'infractions¹²⁷¹. Elle crée, enfin, trois infractions nouvelles : le délit de participation à une personne morale dont la dissolution a été prononcée par le juge pénal¹²⁷², le délit de promotion en faveur des mouvements sectaires¹²⁷³, enfin, le délit de manipulation mentale¹²⁷⁴. Si l'intention qui préside à ces dispositions est bien la pénalisation des dérives sectaires, son application peut tout aussi bien concerner des religions sur lesquelles ne pèse pas le soupçon du sectarisme. Un prêtre catholique a ainsi été condamné pour abus frauduleux de l'état de sujétion à l'égard de l'une de ses fidèles¹²⁷⁵.

412. Le délit d'abus de l'état de sujétion remplace et complète l'ancien délit d'abus de faiblesse prévu à l'article 314 du Code pénal et qui servait essentiellement à sanctionner des abus vis à vis de personnes âgées. La formulation du nouvel article mérite d'être reproduite :

¹²⁷⁰ Art. 18 de la loi, codifié à l'art. 131-39 du C. pén.

¹²⁷¹ Art. 2 à 13.

¹²⁷² Art. 17 de la loi, codifié à l'art. 434-43 du C. pén.

¹²⁷³ Art. 19 de la loi.

¹²⁷⁴ Art. 20 de la loi, codifié à l'art. 223-15-2 du C. pén.

¹²⁷⁵ Cass. crim., 27 oct. 2015, n° 14-82.032.

« Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende ».

Alors que l'ancien article 314-4 du Code pénal punissait déjà l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne particulièrement vulnérable lorsqu'il les conduisait à un acte ou à une abstention lui étant gravement préjudiciables, le législateur est venu ajouter la notion de « sujétion psychologique » dans laquelle un individu serait placé par l'exercice de pressions ou de techniques particulières. La situation de faiblesse n'est alors plus préexistante mais résulte de l'action de la personne qui commet l'infraction. Cet état de sujétion, le plus souvent constaté par une expertise

psychiatrique, doit conduire l'individu en question à faire des choses qui lui sont gravement préjudiciables. Il revient au juge d'apprécier souverainement chacun des éléments : l'existence de manœuvres visant à induire un état de sujétion, l'existence de cet état de sujétion, enfin, la réalisation d'actes -ou d'abstentions- gravement préjudiciables qui en découle.

413. **Critiques formulées.** La Commission nationale consultative des droits de l'Homme avait manifesté son opposition à la création de ce nouveau délit dans un avis rendu en 2000¹²⁷⁶. Elle estimait qu'il était superflu et qu'il suffisait de renforcer certaines dispositions pénales pour parvenir au même résultat. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a également manifesté, en des termes très généraux, sa réticence à l'égard de la loi de 2001 : « *L'Assemblée invite le Gouvernement français à revoir cette loi et à clarifier la définition des termes « infraction » et « auteur de l'infraction »* »¹²⁷⁷.

La doctrine a aussi pu souligner certaines incertitudes problématiques relatives à ces infractions, particulièrement à l'abus de l'état de sujétion. Comment identifier ce dernier ? Le Professeur Dorsner-Dolivet rappelle que « *l'objectif des grandes religions est en effet le respect des principes de la foi et un tel objectif pourrait être assimilé à une volonté de créer une dépendance psychologique* »¹²⁷⁸, et l'on pourrait ajouter

¹²⁷⁶ CNCDH, 21 septembre 2000, Avis portant sur la proposition de loi tendant à renforcer la prévention et la répression à l'encontre des groupements à caractère sectaire.

¹²⁷⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 18 novembre 2002, résolution n° 1309, « Liberté de religion et minorités religieuses en France ».

¹²⁷⁸ A. DORSNER-DOLIVET, « Loi sur les sectes », *D.*, 2002, p. 1086.

une crainte selon laquelle la marginalité ou l'originalité de certains modes de vie ou de certaines idées pourraient conduire trop facilement à présumer cet état. Philippe Conte se montre également critique au regard du caractère globalement imprécis des éléments constitutifs de cette infraction : « *il suffit de prouver la sujétion et tout le reste est donné par surcroît : pareille solution illustre combien la légalité criminelle est menacée par des incriminations qui, conçues pour protéger une catégorie de victimes, font de leur seule particularité (ici leur vulnérabilité) le moteur de la répression, de telle sorte que les autres composantes du délit sont évanescentes et tautologiques* »¹²⁷⁹. Philippe Salvage et Frédéric Archer voient dans cet état de sujétion « *un concept dont on perçoit simultanément l'idée générale qui le caractérise, mais aussi son ampleur, ampleur telle qu'il en devient proche de l'indétermination. Sans doute est-ce la raison pour laquelle le législateur s'efforce de le préciser en prévoyant les sources de la sujétion ; celle-ci doit résulter, nous dit-il, « de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement* » ; mais ces termes, *il faut le constater, se révèlent, à leur seul énoncé, aussi flous que le concept qu'ils tendent à éclairer* »¹²⁸⁰. Une imprécision que des justiciables ont souhaité contester par voie de QPC à plusieurs reprises. La Cour de cassation, jugeant que le caractère sérieux n'en était pas avéré, a, à chaque fois, refusé de transmettre les questions : en 2012 : « *la question ne présente pas de caractère sérieux dès lors que les termes utilisés dans l'article susvisé définissent de façon claire et*

¹²⁷⁹ P. CONTE, « Abus de faiblesse et sujétion psychologique », commentaire sous Cass. crim., 27 oct. 2015, n° 14-82.032, *Droit pénal*, 2016, n° 1, comm. 1.

¹²⁸⁰ F. ARCHER, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *J.-Cl. P.*, fasc. 20, 2019, § 23.

précise l'incrimination contestée d'abus de faiblesse »¹²⁸¹ ;
comme en 2014 : « *la disposition législative en cause est
rédigée en termes suffisamment clairs et précis pour permettre
son interprétation et sa sanction, qui relèvent de l'office du juge
pénal, sans risque d'arbitraire* »¹²⁸².

414. *In fine*, c'est bien à une « *veille d'ordre public* »¹²⁸³ que sont soumis les groupements supposés sectaires : non seulement par la mise en place d'infractions spécifiques, mais également par l'institution d'un organe de surveillance censé soutenir une politique pénale globalement plus agressive. Ces outils reposent sur la volonté de protéger les individus de groupements dont le fonctionnement est jugé incompatible avec le respect des droits et libertés. Mais le caractère évanescent de l'infraction d'abus de sujétion ne permet pas d'ôter complètement le doute : sont-ce véritablement l'état de vulnérabilité et l'existence de pressions qui vont permettre de qualifier cette infraction, ou bien est-ce la constatation de pratiques religieuses originales ou d'un degré de pratique du culte estimé « radical », qui va à rebours induire l'idée que l'individu a été manipulé ? Nicolas Guillet estime que : « *le traitement médiatique de ce phénomène -sommaire, souvent simpliste, réducteur et tapageur- donne l'impression que les adeptes des sectes auraient été totalement manipulés, c'est-à-dire qu'ils seraient membres d'une secte à leur insu, contre leur propre volonté. Cette présentation témoigne de craintes inavouées devant des croyances et pratiques exotiques ou*

¹²⁸¹ Cass. crim., 19 septembre 2012, n° 11-85.840.

¹²⁸² Cass. crim., 9 avril 2014, n° 13-84.585.

¹²⁸³ Selon l'expression utilisée in F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, I. RIASSETTO, *Droit français des religions*, Paris : LexisNexis, 2^{ème} éd., 2013, p. 143, § 269.

différentes voire bizarres »¹²⁸⁴. Dans le cadre d'une infraction si floue, il est permis de se demander si elle n'aboutira pas à la définition d'une pratique religieuse raisonnable en-deçà de laquelle une présomption d'abus existerait de fait.

B. LA LOI CONFORTANT LE RESPECT DES PRINCIPES DE LA REPUBLIQUE

415. La loi du 24 août 2021 *confortant le respect des principes de la République*¹²⁸⁵ est un texte reposant sur la volonté de lutter contre les « séparatismes ». Reprenant le discours d'Emmanuel Macron aux Mureaux, le Conseil d'État définit ces derniers dans son avis sur le projet de loi comme « *des phénomènes de repli communautaire, de prosélytisme et d'affirmations identitaires et fondamentalistes, indifférents ou hostiles aux principes qui fondent la République et aux valeurs qui les inspirent* »¹²⁸⁶. La loi traite de très nombreux aspects parmi lesquels les aspects collectifs de l'exercice du culte tiennent une place importante. En effet, un chapitre est dédié aux associations, fondations et fonds de dotation, puis le chapitre consacré au renforcement de la transparence des conditions d'exercice du culte est en réalité consacré aux associations culturelles et autres groupements pour l'exercice du culte, le chapitre consacré au renforcement de la préservation de l'ordre public contient de même très majoritairement des dispositions relatives aux associations

¹²⁸⁴ T. GUILLET, *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, LGDJ, 2003, p. 181.

¹²⁸⁵ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*.

¹²⁸⁶ CE, 3 décembre 2020, n° 401549, *avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, § 7.

cultuelles ou à l'exercice collectif du culte. Une partie du texte est consacrée à l'enseignement privé et à domicile, une partie concerne les groupements et organisations sportives. Le reste enfin, en dehors des dispositions concernant les aspects plus individuels liés à la liberté d'expression ou au droit des personnes, est relatif à l'application spécifique de la loi à l'Outre-mer. C'est donc majoritairement l'aspect collectif de la pratique du culte qui est questionné par cette loi dont l'effet est globalement de raidir l'encadrement des libertés collectives pour l'exercice du culte.

416. **Contrat d'engagement républicain.** Une part importante des dispositions est donc consacrée aux associations pour l'exercice du culte. L'une des mesures ayant été le plus remarquées est celle en vertu de laquelle les associations aspirant à l'obtention de subventions publiques doivent signer un contrat d'engagement républicain par lequel elles s'engagent :

« 1° A respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution ;

2° A ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ;

3° A s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public »¹²⁸⁷.

417. Il en va de même des associations ou fondations sollicitant un agrément ou la reconnaissance du caractère d'utilité publique¹²⁸⁸. Le contrat permet, selon la suite de l'article 12 de la loi, de refuser une subvention, ou de retirer une subvention à une association qui le méconnaîtrait. Les groupements sont ainsi pécuniairement encouragés à respecter le contenu de ce contrat. Les conditions citées au 1° et au 3° sont un peu particulières car, dans une certaine mesure, elles peuvent évoquer les agissements par lesquels une association encourrait la dissolution administrative. Le contrat d'engagement républicain apparaît ainsi, par les avantages qu'il conditionne, comme un moyen d'encourager en amont les associations à ne pas tendre vers des activités illicites. Il permet, dans la zone grise qui sera constituée par les associations dont le but ou les agissements ne sont pas de nature à faire encourir la dissolution, une privation ou une restitution des subventions publiques. Reste que pour l'instant il est très difficile d'imaginer ce que seront les agissements en question, licites et *en même temps* de nature à exclure le bénéfice de subventions. Dans cette zone grise des associations qui ne sont pas illicites, on retrouvera l'élément le plus original de ce contrat d'engagement qui est celui de ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République. Le Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi, recommandait de ne pas inclure le principe de laïcité dans la mesure où il ne s'impose

¹²⁸⁷ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 12.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, art. 15.

qu'aux agents publics¹²⁸⁹. C'était sans compter sur les ressources linguistiques du législateur qui n'a certes pas inclus la méconnaissance du **principe de laïcité** dans ce contrat, mais celle du **caractère laïque de la République**. On ne peut que tenter d'imaginer ce que cela signifie puisque le décret ayant précisé le contenu du contrat d'engagement républicain a repris cet élément tel quel sans véritablement le développer¹²⁹⁰. Peut-être s'agirait-il d'associations porteuses d'un projet remettant en cause la séparation des églises et de l'État ou certains éléments de la laïcité, comme le non-subventionnement des cultes. Gwénaèle Calvès a souligné les incertitudes résultant de cet engagement : « *contester la laïcité, est-ce la critiquer ? douter de sa valeur ? appeler à la mettre en question, à la refonder, à la réformer ? Faut-il, pour obtenir une subvention publique, faire allégeance à un dogme ?* »¹²⁹¹. Selon elle, la lecture des travaux parlementaires révèle que cet engagement doit se comprendre à l'aune de celui qui le précède dans le décret du 31 décembre 2021 : « *L'association ou la fondation bénéficiaire s'engage à ne pas se prévaloir de convictions politiques, philosophiques ou religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant ses relations avec les collectivités publiques* »¹²⁹². En ce sens il ne devrait

¹²⁸⁹ CE, 3 décembre 2020, n° 401549, *avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, §23.

¹²⁹⁰ Décret du 31 décembre 2021, n° 2021-1947, *pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et approuvant le contrat d'engagement républicain des associations et fondations bénéficiant de subventions publiques ou d'un agrément de l'État*.

¹²⁹¹ G. CALVÈS, « Femme voilée sur une affiche : la laïcité de la République n'est pas en danger », *AJDA*, 2022, p. 1462.

¹²⁹² Décret du 31 décembre 2021, n° 2021-1947, *pris pour l'application de l'article 10-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et approuvant le contrat d'engagement républicain des associations et fondations bénéficiant de subventions publiques ou d'un agrément de l'État*.

concerner que les agissements de ces groupements et non leurs opinions¹²⁹³. Le Professeur Calvès souligne à juste titre le risque de censure politique inhérent au manque de clarté de ces dispositions¹²⁹⁴ et pour cause : le maire de Chalon-sur-Saône a argué de la méconnaissance des termes du contrat par une association qui avait fait figurer une femme voilée sur une affiche, remettant en cause selon lui la laïcité de la République en promouvant le communautarisme. Le Conseil d'État n'a pas manqué de censurer une telle interprétation, mais il a précisément porté son jugement sur le message véhiculé par l'association :

« le « visuel » en cause représente six silhouettes de femmes s'entrecroisant en mouvement, figurant une foule se déplaçant dans l'espace public, tel que ce pourrait être le cas sur la place de l'Hôtel de ville sur lequel le stand doit être installé, entendant manifestement suggérer, par la diversité de leurs profils, couleurs de chevelure et de peau, ainsi que de vêtements, l'universalité du public féminin auquel entend s'adresser l'association ce samedi 12 mars. A cet égard, la seule circonstance que l'une de ces silhouettes, qui n'apparaît pas particulièrement visible parmi les autres, porte un voile, lui-même discret au sein du « visuel » et ne recouvrant pas le visage, une autre des silhouettes portant un turban africain ou d'autres ne portant pas de couvre-chef, ne saurait à l'évidence, compte tenu de la composition du « visuel » et de l'objectif d'universalisme qu'elle affiche ainsi clairement, être regardée comme

¹²⁹³ G. CALVÈS, « Femme voilée sur une affiche : la laïcité de la République n'est pas en danger », *AJDA*, 2022, p. 1462.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

traduisant une quelconque forme de prosélytisme religieux, de promotion, ou même d'approbation du port d'un tel voile »¹²⁹⁵.

Le Conseil d'État juge ainsi que le visuel en question n'est pas de nature à remettre en cause la laïcité et l'égalité de tous devant la loi. On peut imaginer *a contrario* qu'un visuel ayant un caractère prosélyte permettrait de constater un manquement à ces engagements, et il est compréhensible que des personnes publiques ne souhaitent pas apporter un soutien financier à des activités qui promouvraient directement un culte. D'une certaine manière ceci constituerait un prolongement de l'interdiction de subventionner des activités culturelles, mais selon une conception extensive. En effet, le manquement au contrat d'engagement peut être constitué par n'importe quel agissement de l'association et entraîner le retrait des subventions versées depuis lors, tandis que la possibilité de verser ou non une subvention à une association s'appréciait au regard du seul objet visé par la subvention. Toujours est-il que de tels agissements ne sont pas illégaux ni, par eux-mêmes, de nature à fonder la dissolution d'une association. Une telle association, sans être illicite, ne pourrait toutefois pas prétendre à des subventions publiques, au bénéfice d'un agrément ou de la reconnaissance d'utilité publique. Le législateur a misé sur les avantages financiers que peut espérer une association pour lutter contre des activités qui tendraient à remettre en question la laïcité. Évidemment, il faudra encore arriver à circonscrire plus précisément lesquels des

¹²⁹⁵ CE, ord., 10 mars 2022, n° 462140.

agissements d'une association seront de nature à méconnaître ces engagements républicains.

418. **Dissolution administrative.** L'article 16 de la loi révisé l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure qui prévoit les agissements par lesquels une association encourt la dissolution administrative. Cette dernière ne concerne désormais plus seulement les groupements qui provoquent « à des manifestations armées dans la rue » mais également « à des agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens ». Les groupements « qui ont pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement » deviennent les groupements « dont l'objet ou l'action tend à porter atteinte (...) ». Enfin, les groupements « qui, soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence » deviennent les groupements qui « provoquent ou contribuent par leurs agissements à la discrimination (...) ». Les différents enrichissements apportés à l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure mis en exergue ci-dessus, particulièrement les deux derniers, peuvent paraître cosmétiques, mais ils semblent toutefois proposer une prise en compte plus globale des activités et comportements susceptibles de conduire à la dissolution administrative d'une association. Ce n'est pas la même chose « d'avoir pour but » de porter atteinte à l'intégrité du territoire et de « tendre à » y porter atteinte, et ce n'est pas la même chose de « provoquer » à la discrimination ou d'y « contribuer ». « Avoir pour but » ou « provoquer » impliquent

l'adoption délibérée d'un comportement, « tendre » ou « contribuer » suggèrent un lien plus indirect, et un comportement qui sans être délibéré, pourrait néanmoins à terme participer ou encourager les activités susceptibles de conduire à la dissolution. Ces ajouts minimes semblent ainsi induire que l'appréciation de l'administration pourra remonter un peu plus en amont dans les agissements d'une association pour décider de sa dissolution. Compte-tenu du caractère politique de l'acte de dissolution administrative¹²⁹⁶, cette révision de l'article L. 212-1 ne paraît pas devoir être considérée comme étant complètement anodine.

419. **École.** La loi a également pour ambition de renforcer le rôle joué par l'école publique en encadrant davantage l'enseignement à domicile et l'enseignement privé hors contrat. Concernant le premier, elle prévoit que désormais l'enseignement à domicile relèvera d'une autorisation préalable et sera dérogatoire, le principe devant être la scolarisation en établissement¹²⁹⁷. La liste des motifs justifiant une dérogation est fixée par l'article 49 de la loi¹²⁹⁸. Il s'avère

¹²⁹⁶ Il s'agit d'un décret pris en conseil de ministres : art. L. 212-1 du CSI.

¹²⁹⁷ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 49.

¹²⁹⁸ « L'autorisation mentionnée au premier alinéa est accordée pour les motifs suivants, sans que puissent être invoquées d'autres raisons que l'intérêt supérieur de l'enfant :

« 1° L'état de santé de l'enfant ou son handicap ;

« 2° La pratique d'activités sportives ou artistiques intensives ;

« 3° L'itinérance de la famille en France ou l'éloignement géographique de tout établissement scolaire public ;

« 4° L'existence d'une situation propre à l'enfant motivant le projet éducatif, sous réserve que les personnes qui en sont responsables justifient de la capacité de la ou des personnes chargées d'instruire l'enfant à assurer l'instruction en famille dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ce cas, la demande

qu'aucun d'eux n'est fondé sur la liberté de l'enseignement¹²⁹⁹ ou la liberté de conscience des parents. L'exposé des motifs donne à cette mesure une justification qui n'est pas sans évoquer l'éternelle rengaine sur l'école publique : « *Au cœur de la promesse républicaine, l'école est le lieu des apprentissages fondamentaux et de la sociabilité, où les enfants font l'expérience des valeurs de la République* »¹³⁰⁰.

L'encadrement des établissements d'enseignement privé hors contrat est renforcé, notamment par la possibilité d'en décider la fermeture administrative dans le but d'agir plus rapidement pour mettre fin à l'activité d'établissements lorsqu'elle ne respecte pas la législation ou la réglementation applicables¹³⁰¹. La pénalisation des manquements aux obligations posées par le Code de l'éducation et de l'ouverture clandestine d'un établissement est en outre largement aggravée¹³⁰².

d'autorisation comporte une présentation écrite du projet éducatif, l'engagement d'assurer cette instruction majoritairement en langue française ainsi que les pièces justifiant de la capacité à assurer l'instruction en famille ».

¹²⁹⁹ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs exclu du champ de cette liberté l'enseignement à domicile : Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République*, § 72 : « en prévoyant que « *L'instruction primaire est obligatoire ... elle peut être donnée soit dans les établissements d'instruction primaire ou secondaire, soit dans les écoles publiques ou libres, soit dans les familles, par le père de famille lui-même ou par toute personne qu'il aura choisie* », l'article 4 de la loi du 28 mars 1882 mentionnée ci-dessus n'a fait de l'instruction en famille qu'une modalité de mise en œuvre de l'instruction obligatoire. Il n'a ainsi pas fait de l'instruction en famille une composante du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté de l'enseignement ».

¹³⁰⁰ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, exposé des motifs.

¹³⁰¹ *Ibid.*, art. 53.

¹³⁰² *Ibid.*

420. **Autres dispositions.** D'autres dispositions de la loi traduisent un renforcement global de la police des cultes. Il en va ainsi de l'article 87 de la loi qui étend les possibilités de fermeture administrative des lieux de culte. L'article L. 227-1 du Code de la sécurité intérieure prévoyait que « *aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut prononcer la fermeture des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la violence, à la haine ou à la discrimination, provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes* »¹³⁰³. La loi de 2021 ajoute l'article 36-3 à la loi du 9 décembre 1905. Il dispose que « *le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police peut prononcer la fermeture temporaire des lieux de culte dans lesquels les propos qui sont tenus, les idées ou théories qui sont diffusées ou les activités qui se déroulent provoquent à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes ou tendent à justifier ou à encourager cette haine ou cette violence* ». La coexistence de ces deux dispositions ne se justifie que par la différence affectant la durée maximale de la mesure. Selon l'article L. 227-1 du Code de la sécurité intérieure elle ne peut excéder six mois tandis que selon l'article 36-3 de la loi du 9 décembre 1905, elle ne peut excéder deux mois. Ces deux mesures peuvent si nécessaire être assorties de la fermeture « *des locaux dépendant du lieu de culte* »¹³⁰⁴. A ce dernier sujet, la loi du 24 août 2021 étend

¹³⁰³ Créé par l'art. 2 de la loi du 30 novembre 2017, n°2017-1510, *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*.

¹³⁰⁴ Indication que l'on retrouve aux art. L. 227-1 du CSI et 36-3 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'État.

l'interdiction posée par l'article 26 de la loi de 1905 de tenir des réunions politiques dans les locaux servant au culte aux « *dépendances qui en constituent un accessoire indissociable* »¹³⁰⁵. Elle interdit également l'affichage, la distribution et la propagande électorale dans ces lieux, ainsi que la tenue d'opération de vote pour des élections politiques françaises ou étrangères dans les lieux servant habituellement au culte¹³⁰⁶.

421. Par ces derniers aspects, la loi du 24 août 2021 paraît comme étant le prolongement des dispositions prévues en 1905 pour limiter les interférences du religieux vers le politique. Les autres dispositions, venant renforcer l'encadrement des activités collectives liées au culte répondent à une évidente méfiance à l'égard de celles-ci, que le développement du terrorisme sur fond de radicalisation religieuse n'a fait qu'accroître. C'est ainsi logiquement le rapport individuel à la foi, perçu comme étant le préalable de ce phénomène, qui est saisi par des normes d'ordre public.

¹³⁰⁵ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*, art. 74.

¹³⁰⁶ *Ibid.*

SECTION SECONDE. L'ENCADREMENT DU RAPPORT INDIVIDUEL A LA RELIGION

422. Stéphanie Hennette-Vauche et Vincent Valentin décrivent dans un ouvrage portant sur l'affaire BabyLoup¹³⁰⁷ une laïcité par laquelle « *on n'entend ni, selon le schéma interventionniste traditionnel, préserver l'autonomie des faibles ou des pauvres, ni, selon la logique libérale classique, garantir un ordre favorable à la liberté. Bien plutôt, il s'agit de contrôler et limiter les comportements issus de choix moraux, religieux ou philosophiques* »¹³⁰⁸. Ils l'ont appelée la « Nouvelle Laïcité ». Cette laïcité fait référence à des conceptions qui ne sont pas, à proprement parler, nouvelles, puisqu'elle reprend largement les caractéristiques de la « laïcité républicaine » dont la défense est ancienne. Le Professeur Hennette-Vauche a ainsi indiqué que la nouveauté faisait davantage référence aux évolutions juridiques récentes du principe qu'aux conceptions auxquelles il renvoie¹³⁰⁹. En effet, si l'ordre public opère sur les groupements religieux un encadrement qui exprime historiquement la méfiance qu'ils suscitent, le fait qu'il s'adresse plus directement aux comportements individuels revêt un caractère un peu plus nouveau. Jean Baubérot décrit ainsi un renouvellement des usages sociaux de la laïcité depuis l'affaire du foulard en 1989, jusqu'aux affaires du burkini, en passant par l'ensemble des attentats terroristes revendiqués

¹³⁰⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. VALENTIN, *L'affaire Baby-Loup ou la Nouvelle laïcité*, LGDJ, 2014.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, p. 66.

¹³⁰⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Autour de la « nouvelle laïcité » : entre droit et sciences sociales, dialogue épistémologique avec David Koussens », *Revue des Droits de l'Homme*, 2018, n° 14.

par l'État islamique en France¹³¹⁰. Dans cette conception, on veut « *imposer une certaine neutralité religieuse à des individus* »¹³¹¹.

423. Il y a manifestement dans le rapport individuel à la religion quelque chose de mal accepté par les pouvoirs publics, voire par la société. En effet, les questions qui envahissent aujourd'hui les médias relativement à la laïcité ou à la religion sont celles liées à la radicalisation, au séparatisme, au port de signes et vêtements à connotation religieuse dans l'espace public et aux demandes particulières à caractère religieux. Ces aspects, dans leur dimension individuelle, sont plus difficilement appréhendés par l'ordre public car les outils permettant de les encadrer sont plus délicats à utiliser. Si la loi du 11 octobre 2010 a créé une exigence inédite dans la notion d'« exigences minimales de la vie en société », celle-ci ne fait l'objet que de peu d'utilisations pour l'instant. Il y a pourtant des exigences assez classiques de l'ordre public qui permettraient d'encadrer ces comportements. Les exigences de décence et de moralité permettraient en effet tout à fait de limiter les pratiques religieuses lorsque celles-ci ne génèrent pas un trouble à la sécurité publique ou à d'autres exigences plus classiques. Si les manifestations concrètes d'un encadrement des pratiques religieuses individuelles fondé sur ces exigences reste juridiquement discrètes (II), il n'est théoriquement pas inenvisageable de recourir à cette exigence (I).

¹³¹⁰ J. BAUBÉROT, « Quelle laïcité, en France, face aux attentats terroristes ? », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2017, n° 43, p. 93.

¹³¹¹ J. BAUBÉROT, « Quelle laïcité, en France, face aux attentats terroristes ? », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2017, n° 43, p. 93.

I. L'ENCADREMENT ENVISAGEABLE DU RAPPORT INDIVIDUEL A LA RELIGION PAR LES EXIGENCES DE MORALITE ET DE DECENCE

424. Pourrait-on imaginer que l'ordre public soit le refuge de la « laïcité républicaine » en tant qu'elle entend pondérer le rapport des individus à leur foi ? Il n'est évidemment pas question de porter une appréciation sur l'opportunité de telles limitations, mais plutôt de mettre en avant les potentialités que recèle l'ordre public à ce niveau afin de ne pas exclure d'emblée le risque qu'à terme, le rapport individuel à la religion ne fasse l'objet d'un encadrement plus strict qui serait le reflet de la « laïcité républicaine ». Les exigences de décence et de moralité portent en elles ces potentialités. Il convient d'en présenter la définition et les critères d'utilisation (A) pour opérer ensuite un rapprochement avec les questions religieuses (B).

A. LA DEFINITION ET LES CRITERES D'UTILISATION DES EXIGENCES DE MORALITE ET DE DECENCE

425. Quelles sont actuellement les exigences de l'ordre public qui permettent de sanctionner un comportement religieux individuel ? Les développements ont mis en avant la possibilité de limiter l'expression de convictions religieuses lorsque cela est nécessaire pour la protection de la sécurité publique. Toutefois il a également été souligné que la sécurité est une exigence entièrement reliée à la garantie des droits et libertés, aussi elle ne peut pas fonder une interdiction générale et absolue d'exprimer ses convictions religieuses et doit concerner des agissements dont la dangerosité est suffisamment avérée. Le constat a suffisamment été rappelé à

l'occasion de la loi du 11 octobre 2010 et c'est d'ailleurs pourquoi le législateur a dégagé d'une exigence inédite de l'ordre public. Ce choix résulte de l'exclusion de différents fondements, notamment selon les préconisations du Conseil d'État¹³¹². Il exclue la dignité de la personne humaine en soulignant la plasticité de cette exigence¹³¹³. L'analyse des contours et du sens de la notion de dignité de la personne humaine permettent de conclure au caractère plutôt sage et opportun de cette préconisation. En revanche, la réfutation de certaines composantes de l'ordre public en tant que fondement de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public par le Conseil d'État pourrait être discutée. En effet, il considère que l'exigence de moralité publique ne peut pas être utilisée car l'interdiction envisagée ne répond pas aux critères jurisprudentiels afférents¹³¹⁴. Il estime par ailleurs que la dissimulation du visage « *n'a pas la même portée que l'exhibition sexuelle (...) comportement qui est regardé comme agressant par nature les personnes qui y sont exposées* »¹³¹⁵. Ces deux derniers constats méritent d'être questionnés car, à certains égards, la dissimulation du visage dans l'espace public, comme d'autres modes d'expression des

¹³¹² CE, *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, p. 25.

¹³¹³ CE, *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, p. 25.

¹³¹⁴ CE, *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, p. 25 : on présume qu'il sous-entend que l'exigence de moralité publique à jusqu'alors été utilisée lorsque des circonstances locales particulières le justifiait, et ne peut en tout état de cause servir une interdiction de portée générale.

¹³¹⁵ *Ibid.*

convictions religieuses, pourrait tout à fait être saisie par ces exigences en tant qu'elles sont porteuses d'une norme comportementale. L'analyse des contours de ces deux exigences montre toutefois que la décence paraît fournir un outil juridique plus opérationnel que la moralité publique pour saisir ces comportements.

426. **La moralité publique** est une exigence de l'ordre public généralement rattachée à la décision du Conseil d'État *Société les films Lutetia* de 1959 dans laquelle le juge administratif a indiqué « *qu'un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut donc interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public* »¹³¹⁶. Selon certains auteurs, cette décision marque la consécration de la moralité comme composante de l'ordre public. Précisément, la consécration signifie la confirmation. La moralité n'a jamais été absente auparavant, ni de la police administrative, ni des autres moyens par lesquels se manifeste l'ordre public. Elle était apparue discrètement dans la police générale dans l'affaire de 1924 *Club indépendant sportif châlonnais*. Le maire de la commune de Chalon-sur-Saône avait alors souhaité interdire la tenue dans sa commune de combats de boxe ayant un caractère « *brutal et parfois sauvage* » et s'était pour cela fondé sur « *l'hygiène morale* ». Le Conseil d'État avait jugé ces motifs comme n'étant pas étrangers à l'ordre public¹³¹⁷. Il en va de

¹³¹⁶ CE, 18 décembre 1959, n° 36385, 36428, *Société les films Lutetia*.

¹³¹⁷ CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, *Rec.*, p. 863 : « *Cons. que les combats de boxe dans un lieu ouvert au public rentrent*

même de la police des troubles psychiatriques, puisque selon l’alinéa 6 de l’article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, le maire a « *le soin de prendre provisoirement les mesures nécessaires contre les personnes atteintes de troubles mentaux dont l’état pourrait compromettre la morale publique (...)* ». Pas absente de la police administrative, la moralité publique ne l’est pas non plus de la loi pénale. Elle fonde un certain nombre de dispositions répressives, notamment visant à protéger les mineurs. C’est le cas de la répression des publications destinées à la jeunesse. La loi du 16 juillet 1949 vise à éviter l’accès des mineurs à des publications de nature à les « *démoraliser* »¹³¹⁸ ou à des contenus « *licencieux* »¹³¹⁹. Le fait d’exposer un mineur à des images violentes, incitant au terrorisme, ou pornographiques, est puni par l’article 227-24 du Code pénal. De même, l’atteinte à la moralité d’un mineur constitue un manquement à l’obligation parentale : « *le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l’éducation de son enfant mineur* »¹³²⁰. Ces derniers aspects se réfèrent à la moralité, mais ils sont en

dans la catégorie des spectacles de curiosité susmentionnés ; Cons. que, pour interdire, par l’arrêté attaqué, les combats ou exhibitions de boxe, le maire de Châlons-sur-Marne s’est fondé sur « le caractère brutal et parfois sauvage » de ces combats qu’il regarde comme « contraire à l’hygiène morale » ; qu’en prononçant par ces motifs, qui ne peuvent être regardés comme étrangers à l’ordre public, l’interdiction dont s’agit, le maire de Châlons-sur-Marne n’a pas fait un usage abusif des pouvoirs qu’il tient des lois précitées »

¹³¹⁸ Loi du 16 juillet 1949, n° 49-956, sur les publications destinées à la jeunesse, art. 2.

¹³¹⁹ *Ibid.*, art. 14. Le terme « *licencieux* » faisant référence, selon le CNRTL à ce « *qui porte la marque d’une certaine indécence, d’un dérèglement moral ; qui invite à la débauche, déréglé, indécent* ».

¹³²⁰ Art. 227-17 du C. pén.

réalité davantage liés à la protection de la jeunesse, qui se justifie par la particulière vulnérabilité de ce public. L'ensemble de ces éléments démontre que la moralité publique fonde un certain nombre de dispositions impératives qui servent à préserver une forme de bienséance en société par l'interdiction de comportements qui pourraient choquer autrui soit en raison d'un contexte particulier, soit en raison de sa vulnérabilité. Mais à bien y regarder, l'exigence de moralité déborde peu des cadres liés à la protection de la jeunesse. Ses utilisations dans la police administrative générale sont rares et répondent à un critère spécifique tenant aux circonstances locales particulières. L'éviction de cette exigence comme fondement de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public se comprend alors dans le fait qu'il était question d'une loi particulièrement innovante et polémique. La moralité est une exigence elle-même non seulement évanescente mais discutée. Le terme est perçu assez péjorativement car il renvoie à l'idée d'un ordre moral. Son utilisation emporte toujours avec elle le risque d'être perçu comme un ennemi de la liberté.

427. **La décence** semble souffrir moins de cette perception négative alors qu'il s'agit d'une notion assez connexe. Ses contours paraissent juridiquement un peu plus précisément déterminés que l'exigence de moralité publique. En ce sens elle fournit un fondement juridique plus opérationnel. Selon le Professeur Rolland, elle se distingue de la moralité en ce qu'elle suppose une atteinte plus importante à autrui : *« la spécificité tient au choc émotif qui résulte d'une transgression des normes admises en la matière : il y a alors atteinte à la pudeur, ou à la décence. C'est là un phénomène différent de celui qui résulte de la diffusion d'idées ou de conceptions immorales. Aux idées, on réplique par les idées. Au contraire avec la pudeur*

(et déjà à un moindre degré la décence), le choc provoqué prend les aspects d'une violence. On cherche donc à s'en prémunir et à organiser une prévention. C'est le rôle du « conformisme » externe »¹³²¹. Elle a un caractère évolutif qui est perceptible dans la jurisprudence notamment¹³²². Ainsi, si l'infraction de diffusion de messages contraires à la décence a souvent été constituée par l'exposition de corps féminins dénudés sur des affiches¹³²³, elle semble aujourd'hui être tombée en désuétude, ce que certains auteurs attribuent à l'évolution des mœurs : « les condamnations sur le fondement de l'article R. 624-2 du Code pénal se font de plus en plus rares. Il faut certainement y voir une manifestation supplémentaire de la libéralisation des mœurs et une réticence des juges à s'ériger en moralisateurs publics »¹³²⁴.

428. L'argument qui pourrait être opposé spécifiquement à l'utilisation de la décence pour encadrer les comportements religieux tient au fait qu'elle est généralement mobilisée pour limiter la nudité ou les comportements sexuels dans l'espace public. Toutefois, le jaillissement de cette exigence dans d'autres domaines, à l'instar du logement ou de la police des cimetières tempère cette idée reçue. Par ailleurs, la décence est d'ores et déjà explicitement utilisée pour limiter le port de tenues religieuses. Dans un article consacré aux tenues vestimentaires au sein du Parlement¹³²⁵, Vincent Mazeau

¹³²¹ P. ROLLAND, *La liberté morale et l'ordre public*, thèse dactylographiée, Paris Panthéon-Assas, 1976, p. 683.

¹³²² CA Paris, 20 avril 1990, *Gaz. Pal.*, 1990, 1, p. 309.

¹³²³ Voir A.-G. ROBERT, « Contraventions contre les personnes (quatrième classe), diffusion de messages contraires à la décence », *JCP Code*, art. R. 624-2, fasc. 20, n° 13 et n° 15.

¹³²⁴ *Ibid.*

¹³²⁵ V. MAZEAU, « La cravate et le voile », *RDP*, 2018, n° 3, p. 763.

montre le glissement qui s'est opéré de la tenue décente vers la tenue neutre, exigée désormais des parlementaires et de plus en plus des visiteurs également. Il indique qu'en 2014 le bureau du Sénat a inséré dans l'instruction générale du Bureau une disposition prévoyant, parmi les principes déontologiques que « *les membres du Sénat s'obligent à observer une stricte neutralité religieuse dans l'enceinte du Sénat* »¹³²⁶ tandis qu'en 2018 c'est le Bureau de l'Assemblée Nationale a approuvé la modification de l'instruction générale du Bureau pour y inclure un alinéa portant des indications sur la tenue devant être portée par les députés : « *La tenue vestimentaire adoptée par les députés dans l'hémicycle doit rester neutre et s'apparenter à une tenue de ville. Elle ne saurait être le prétexte à la manifestation de l'expression d'une quelconque opinion : est ainsi notamment prohibé le port de tout signe religieux ostensible, d'un uniforme, de logos ou messages commerciaux ou de slogans de nature politique* »¹³²⁷. L'auteur souligne l'incongruité de ces dispositions :

« *Depuis la Révolution française, en effet, le principe sous-jacent à toutes les réglementations vestimentaires, qu'il s'agisse du « costume parlementaire » du XIXe siècle ou des normes coutumières du XXe siècle, était la décence, nécessaire à la dignité des débats. Or la distance qui sépare la décence et la dignité, d'une part, de la neutralité, d'autre part, est considérable. Il est logique d'exiger des représentants de la Nation qu'ils portent une tenue décente, mais quel sens y a-t-il à exiger d'eux la*

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ *Ibid.*

neutralité, alors qu'ils sont profondément engagés dans la vie politique, nécessairement partisane ? »¹³²⁸.

En effet, ceci tranche à la fois avec la tradition vestimentaire au sein du Parlement mais également avec la portée juridique du principe de neutralité religieuse, ce dernier n'ayant jamais concerné les élus de la République. L'auteur y voit la manifestation d'un raidissement de la laïcité et il donne des pistes intéressantes de réflexion quant aux raisons ayant stimulé cette évolution. Selon lui, c'est « *certainement l'inconfort croissant de la société politique française vis-à-vis de l'expression publique des convictions religieuses qui a conduit à cette regrettable confusion entre décence et neutralité* », signe que « *porter un habit témoignant d'une appartenance religieuse devient incongru, malséant, et l'on s'étonne désormais que cette incorrection ne soit pas une illégalité* »¹³²⁹.

429. **La détermination d'une norme comportementale.** Qu'il s'agisse de moralité publique ou de décence, le comportement visé est celui qui heurte des valeurs morales dominantes et apparaît négativement comme anormal. Ainsi, « *un comportement courant ne sera pas qualifié de « normal » s'il heurte des principes (moraux) généralement admis* ». Alors la normalité est bien « *l'étalon nécessaire de toute moralité juridique* »¹³³⁰. Le comportement en question est alors considéré comme déviant. Le TGI de Paris indiquait que la préservation des bonnes mœurs au sens de l'article 6 du Code

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ *Ibid.*

¹³³⁰ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Paris : PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 379

civil signifie « *la sauvegarde de l'éthique essentielle des éléments sains de la population* »¹³³¹. Ainsi, la réponse juridique aux comportements immoraux et indécents a toujours été polymorphe : éducative, médicale, et d'ordre public. L'idée de norme comportementale peut avoir une certaine proximité avec l'exigence de santé publique. Aussi c'est sur le fondement de « l'hygiène morale » qu'un maire, il y a près d'un siècle, tentait d'interdire les combats de boxe dans sa commune¹³³².

430. **L'identification d'un trouble.** Si la décence apparaît comme étant globalement mieux admise que la moralité publique, elle reste tout de même une exigence par laquelle des comportements sont sanctionnés uniquement en raison de leur caractère dérangeant, parce qu'ils heurtent certaines conceptions morales assez largement admises. Pour l'une comme pour l'autre, l'acceptabilité de ces limites dans un État libéral reste donc conditionnée par leur caractère strictement nécessaire, et ce d'autant plus que le mouvement naturel du droit français dans ses aspects moraux a davantage été dans le sens d'une libéralisation. Lorsqu'*a contrario* il est nécessaire de réintégrer de la morale dans le droit, le législateur et le juge vont à contre-courant de ce mouvement dominant. Il faut un critère permettant de justifier de telles limites et de les contenir. La réponse ne peut toutefois qu'être théorique : l'ordre public ne doit prohiber que les comportements qui nuisent gravement aux valeurs essentielles de l'ordre juridique car ce faisant ils génèrent un trouble, trouble qui lui-même induit un dysfonctionnement de l'ordre juridique. C'est donc la manifestation d'un trouble qui permettra de révéler l'indécence d'un comportement. Marie-Caroline Vincent-

¹³³¹ TGI de Paris, 8 novembre 1973, *D.*, 1975, p. 401.

¹³³² CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, *D.*, p. 863.

Legoux considère ainsi avec Pierre-Henri Teitgen¹³³³ qu'« *un trouble dans les consciences, dans l'opinion publique, ne suffit pas à qualifier une atteinte à la moralité publique ; il faut faire apparaître un écart entre le comportement litigieux et le comportement de référence, écart suscitant un scandale public* »¹³³⁴, c'est-à-dire un fait qui génère une réprobation bruyante, une indignation accrue, voire un désordre tangible¹³³⁵. Cette idée de trouble se retrouve également dans la manière dont la CEDH appréhende la nudité dans l'espace public. L'affaire *Gough c. Royaume-Uni*¹³³⁶ concerne un citoyen britannique condamné à de multiples reprises pour s'être exposé nu dans l'espace public. L'individu faisait valoir le caractère militant de sa démarche : il se promenait nu car il était convaincu du caractère inoffensif du corps humain et souhaitait que la nudité sociale soit légale. La Cour rappelle que les questions relatives à la nudité en public concernent l'ordre public et la morale, et impliquent une marge nationale d'appréciation étendue. La Cour précise que la question de la nudité en public peut relever d'un débat d'intérêt public, mais qu'en débattre n'est pas la même chose que la pratiquer alors qu'elle est « *susceptible d'être inquiétante et choquante – moralement et sur d'autres plans – pour d'autres citoyens non avertis en train de vaquer à leurs occupations ordinaires* »¹³³⁷. Le choc provoqué à autrui n'est ainsi pas indifférent pour qualifier le comportement indécent. Il constitue certainement le critère qui permet de contenir les exigences de décence ou

¹³³³ P.H. TEITGEN, *La police municipale générale : l'ordre public et les pouvoirs du Maire*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 34.

¹³³⁴ M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 377.

¹³³⁵ Éléments issus de la définition du terme « scandale » du CNRTL.

¹³³⁶ CEDH, 28 octobre 2014, n° 49327/11, *Gough c. Royaume-Uni*.

¹³³⁷ La citation est issue du résumé en français de l'affaire.

de moralité en les réduisant à la part congrue. Reste que la détermination d'un tel trouble n'est pas aisée et repose sur un standard dont la détermination par le législateur, l'administration ou le juge implique une certaine prudence pour ne pas se trouver à rebours des réalités sociales.

431. Ainsi, évincée par le Conseil d'État en 2010, la décence paraît pourtant pouvoir fournir le socle juridique permettant d'encadrer certaines pratiques religieuses individuelles qui paraissent être suffisamment en décalage avec le « comportement religieux moyen » pour être génératrices d'un trouble. A certains égards, ces critères paraissent pouvoir être remplis.

B. L'APPLICATION DES CRITERES D'UTILISATION DES EXIGENCES DE MORALITE ET DE DECENCE AUX COMPORTEMENTS RELIGIEUX

432. Pour être sanctionné en raison de sa contrariété avec une norme comportementale, un comportement doit à la fois pouvoir être identifié comme anormal et générateur d'un trouble. Ces deux critères paraissent pouvoir être remplis d'une part car le droit français fait de plus en plus ressortir l'anormalité de pratiques religieuses qualifiées de « radicales » (1), d'autre part car des comportements religieux juridiquement permis paraissent de plus en plus être susceptibles de générer un trouble à l'ordre public (2).

1. L'IDENTIFICATION D'UN COMPORTEMENT ANORMAL : LA RADICALITE

433. **Anormalité.** Pour identifier un standard de normalité du comportement religieux encore faut-il que des comportements soient qualifiés d'anormaux. Cette qualification se retrouve dans la dénonciation des comportements « intégristes », « radicaux », « fanatiques » ou encore « fondamentalistes ». Autant de termes qui ont fait leur entrée dans les médias et dans le champ juridique avec le développement des actes de terrorisme liés à un mobile religieux et la stigmatisation de certaines pratiques religieuses. Tous renvoient à des éléments définitionnels communs : le terme « radicalité » signifie le fait de ne pas accepter d'exception ou d'atténuation¹³³⁸ quand l'intégrisme signifie l'attitude de conservatisme intransigeant¹³³⁹. Il y a l'idée d'une intensité que l'on retrouve dans la définition de tous les autres termes également employés. Mais il faut bien souligner la relativité extrême de ces qualificatifs : une chose ne peut être estimée radicale qu'en comparaison d'un certain standard de normalité. Standard qui ne peut qu'être variable selon l'état des mœurs. En interdisant les certificats de virginité, par exemple, le législateur juge la pratique inacceptable¹³⁴⁰ alors qu'il y a quelques générations la virginité avant le mariage était une norme sociale plutôt largement admise en France¹³⁴¹. Aussi, Anne Fornerod souligne-t-elle à juste titre que « *le fait de qualifier une pratique religieuse de*

¹³³⁸ CNRTL, entrée « radicalité ».

¹³³⁹ CNRTL, entrée « intégrisme ».

¹³⁴⁰ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, confortant le respect des principes de la République, art. 30.

¹³⁴¹ Ainsi que l'affirme Daniel Borrillo, « *l'idéal sexuel de la civilisation chrétienne fut pendant très longtemps la virginité* » : *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.

« radicale » comporte en lui-même un jugement de valeur »¹³⁴². Cette notion d'écart entre la normalité sociale et les pratiques radicales explique que d'autres qualificatifs soient également utilisés dans le travail législatif ou juridictionnel : « marginalisation », « originalité », « séparatisme », ... l'ensemble permettant de véhiculer l'idée selon laquelle il y aurait des pratiques religieuses socialement acceptables et d'autres non, avec la présomption, pour les secondes, qu'elles induiraient des comportements subversifs. L'imprécision de la notion a pu être regrettée par la CNCDH qui souligne l'« insuffisante conceptualisation »¹³⁴³ du terme « radicalisation » dans le langage juridique.

434. En effet, la « radicalisation » est devenue un ennemi nommé de la République. Selon la CNCDH¹³⁴⁴, le terme est officiellement utilisé en France depuis 2014 lorsque le Comité interministériel de prévention de la délinquance a été chargé de la prévention de la radicalisation violente. Il a remplacé les termes « intégrisme », « extrémisme » ou « fanatisme ». A leur différence, il contient l'idée d'un processus, qui pourrait donc être stoppé. En 2020, le terme « séparatisme » fait son entrée dans le vocabulaire politique. Le choix du terme n'est pas anodin. Employé habituellement pour désigner les velléités sécessionnistes d'un territoire, il comporte une dimension moins pathologique mais plus volontaire et conscientisée. Pour rappel, le Président de la République Emmanuel Macron l'a défini comme « *un projet conscient, théorisé, politico-religieux, qui se concrétise par des écarts répétés avec*

¹³⁴² A. FORNEROD, « Religion et acquisition de la nationalité française », *RDP*, 2009, n° 3, p. 175.

¹³⁴³ CNCDH, Avis sur la prévention de la radicalisation, 1^{er} avril 2018.

¹³⁴⁴ CNCDH, Avis sur la prévention de la radicalisation, 1^{er} avril 2018.

les valeurs de la République, qui se traduit souvent par la constitution d'une contre-société »¹³⁴⁵.

435. **Radicalité pacifique et radicalité violente.** La distinction est importante et permet de comprendre le glissement qui a pu s'opérer. La méfiance à l'égard des pratiques religieuses radicales est née de la multiplication des actes de terrorisme fondés sur un mobile religieux. Le point de départ de la lutte contre la radicalité est donc à situer dans la garantie de la sécurité publique. Une évolution doit toutefois être constatée, et Vincent Valentin distingue à raison la « *radicalité violente* » et la « *radicalité pacifique* »¹³⁴⁶. La première est sanctionnée dans tout état soucieux d'assurer la sécurité et l'exercice paisible des droits et libertés tandis que la seconde n'entrave a priori les droits de personne. Cette distinction est, selon le Professeur Julie Alix, essentielle dans le cadre d'une politique pénale libérale :

« L'extrémisme des idées relève des interstices de libertés protégés par le principe de discontinuité de la répression et trouve sa limite, dans un État de droit libéral, dans le passage à l'acte violent qui constitue l'élément déclencheur de la répression pénale »¹³⁴⁷.

Elle produit le constat d'un renforcement global de la politique pénale en matière de radicalisation. Au regard de tout ceci, Julie Alix souligne que le durcissement de la politique de

¹³⁴⁵ E. MACRON, discours aux Mureaux, 2 octobre 2020.

¹³⁴⁶ V. VALENTIN, « Ordre public et radicalisation » in O. BUI-XAN (dir.), *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 63.

¹³⁴⁷ J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », *RSC*, 2020, p. 769.

sanction de la radicalité violente se produit moins par souci d'efficacité dans la lutte contre celle-ci que par volonté d'affirmer une opposition symbolique forte :

« Il ne suffit pas de soumettre un individu à de multiples contrôles de toute forme pour éviter qu'il dérive, à plus forte raison lorsque sa dérive est poussée par un engagement idéologique ancré. L'évidence de cette affirmation conduit à penser que l'objectif de prévention de la récidive est purement rhétorique et qu'au fond, c'est un réflexe de défense sociale qui s'exprime officiellement (...) »¹³⁴⁸.

Citant Olivier Cahn, elle considère que ceci manifeste la volonté des pouvoirs publics « *d'ériger la radicalisation en un « infra terrorisme » répréhensible* »¹³⁴⁹. Même lorsque la radicalité est « pacifique », elle emporte des restrictions pour elle-même, en tant que mode d'exercice de la liberté de conscience déviant :

« À cette répression de la radicalisation violente s'ajoute celle de la radicalisation idéologique. Désormais, des comportements ou des croyances, qui s'écartent de la moyenne des comportements adoptés en France au début du XXI^{ème} siècle, sont aussi érigés en infraction »¹³⁵⁰.

436. **Prévention.** Cherchant à prévenir de manière toujours plus efficace la radicalité violente, le droit remonte progressivement

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ C. SAAS, « Radicalisation : répression et « sécurisation » », *AJ Pénal*, 2018, p. 116.

de plus en plus en amont de la violence. En amont même de l'idée violente, il détecte une radicalité des idées contre laquelle il entend combattre. Le glissement s'est ainsi produit entre la lutte contre un comportement attentatoire aux droits d'autrui et la lutte contre un comportement attentatoire aux valeurs de la République. Un phénomène que dénonçait la CNCDH dans un avis en 2018 :

« il n'est plus seulement question de prévenir à proprement parler la commission d'une infraction terroriste, mais plutôt de détecter des personnes susceptibles de basculer dans une idéologie qui pourrait les amener, à terme, à s'engager dans un projet d'action violente »¹³⁵¹.

A ce sujet, un rapport du Sénat sur la radicalisation de 2018¹³⁵² est éloquent. Y sont passées au crible l'ensemble des pratiques propres à la religion musulmane qui sont présentées comme un outil de diffusion de l'Islam radical : produits hallal, vêtements, et même utilisation de termes en langue arabe sont listés dans un amalgame dépourvu de nuance. Ce rapport émet des propositions pour lutter contre la radicalisation qui seront en partie reprises par le projet de loi confortant le respect des principes de la République¹³⁵³, parmi lesquelles la signature d'une charte des engagements réciproques aux associations souhaitant bénéficier de subventions publiques

¹³⁵¹ CNCDH, Avis sur la prévention de la radicalisation, 1^{er} avril 2018.

¹³⁵² J. EUSTACHE-BRINIO, 7 juillet 2020, rapport n° 595 fait au nom de la commission d'enquête, *Radicalisation islamiste : faire face et lutter ensemble*.

¹³⁵³ Loi du 24 août 2021, n° 2021-1109, *confortant le respect des principes de la République*.

par laquelle elles s'engagent à respecter les valeurs de la République et la laïcité¹³⁵⁴.

437. L'idée selon laquelle l'expression religieuse radicale est perçue comme étant indécente est aussi appuyée par le fait que la sanction s'accompagne généralement de mesures pédagogiques qui tendent à opérer un « redressement » du comportement déviant.

*« Si la tentation de la rééducation n'est pas nouvelle en droit pénal, elle s'inscrit dorénavant dans un mouvement plus vaste affectant le droit des peines qui invite le sujet de droit pénal à se transformer. La déradicalisation, objectif traversant de nombreux discours, tend précisément à **normaliser** la personne radicalisée religieuse en ayant au besoin recours à des dispositifs médicalisés tels que ceux à l'œuvre dans le traitement de la dangerosité »¹³⁵⁵.*

« Le lien entre sanction pénale et soins est d'ailleurs renforcé par la possibilité de recourir, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, à un suivi socio-judiciaire, conformément à l'article 421-8 du code pénal. Sanction pénale initialement réservée aux infracteurs sexuels, le suivi socio-judiciaire est qualifié de « sanction pénale totale » par Xavier Lameyre, en ce qu'elle associe, voire

¹³⁵⁴ J. EUSTACHE-BRINIO, 7 juillet 2020, rapport n° 595 fait au nom de la commission d'enquête, *Radicalisation islamiste : faire face et lutter ensemble*, p. 22, proposition n° 28.

¹³⁵⁵ C. SAAS, « Radicalisation : répression et « sécurisation » », *AJ Pénal*, 2018, p. 116.

confond, le champ pénal et le champ psychopathologique »¹³⁵⁶.

Ainsi, la lutte contre la radicalisation n'est pas abordée que sous l'angle de la sécurité publique mais rejoint l'exigence de santé publique. C'est notamment comme cela que le fait sectaire est abordé par le rapport Vivien qui souligne « *Le parallélisme troublant des âges où hommes et femmes entrent préférentiellement dans des sectes et celui des demandes, en milieu hospitalier, de soins pour intoxication* »¹³⁵⁷. Une circulaire du Ministre de l'intérieur de 1997 indique également : « *A l'exemple de ce qui a été opéré par le Comité d'études et d'information sur l'alcoolisme ou par le Comité français d'éducation pour la santé dans le cadre de ses campagnes contre le SIDA ou la toxicomanie, vous pourrez promouvoir des cycles de conférences ou de formation, suivies de débats* »¹³⁵⁸. Il est indiqué que la prévention doit particulièrement viser des personnes vulnérables : les jeunes, les personnes sans emploi¹³⁵⁹. La lutte contre les sectes est dès lors devenue un objectif de politique publique et l'État a donné un soutien financier à des campagnes de prévention contre les dangers des sectes¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ A. VIVIEN, *Les sectes en France : expression de la liberté morale ou facteur de manipulation ?*, rapport au Premier ministre publié à la Documentation française, coll. des rapports officiels, 1985, p. 32.

¹³⁵⁸ Circulaire du ministère de l'Intérieur, 7 novembre 1997, Lutte contre les agissements répréhensibles des mouvements sectaires.

¹³⁵⁹ *ibid.*

¹³⁶⁰ Le Conseil d'État a jugé que le fait pour l'État d'accorder son soutien financier à une association en vue de l'impression et de la diffusion de prospectus visant à sensibiliser au danger des sectes n'était pas contraire aux principes de neutralité et d'égalité : CE, 17 février 1992, n° 86954, *Église de scientologie*.

2. L'IDENTIFICATION D'UN TROUBLE POTENTIEL : LE SCANDALE

438. Au-delà des comportements déjà visés par le droit, il se pourrait que d'autres soient en passe de générer un trouble suffisant pour être dans un avenir plus ou moins proche la cible de limites nouvelles. Il semblerait que les scandales nés de comportements religieux parfaitement légaux se multiplient ces dernières années, de sorte qu'il en résultera peut-être un trouble suffisant pour être sanctionné. On ne peut que constater l'omniprésence de réactions virulentes à l'égard de pratiques religieuses, et ce de la part de tous les courants politiques. Quelques exemples peuvent être présentés à l'appui de cette affirmation.

439. **Des expressions religieuses « scandalisantes ».** En 2018, une publicité mettant en scène une petite fille portant le voile génère des réactions d'indignation en France¹³⁶¹. Il en va de même de la commercialisation d'un hijab de course, conçu pour faciliter la pratique du sport aux femmes souhaitant se couvrir les cheveux. Ce type de vêtement est déjà commercialisé par des marques dédiées, mais lorsqu'en 2019 une marque française de matériel de sport commercialise un tel produit, les réactions de désapprobation sont nombreuses. Les arguments évoqués alors par certaines personnes sont intéressants. Le *Comité Laïcité République* publie un communiqué en partenariat avec la *Ligue du droit international des femmes* : « *Oubliée la mission éducatrice et émancipatrice du sport (...) Tant pis pour les millions de*

¹³⁶¹ « Une pub Gap montrant une petite fille voilée fait polémique », *L'obs*, 10 août 2018.

femmes qui se battent partout dans le monde pour la liberté de leur corps et de leur esprit, au péril de leur vie. Le monde du sport veut-il vraiment être le fossoyeur des libertés des femmes ? »¹³⁶². La porte-parole des *Républicains* publie sur un réseau social : « *décathlon renie donc les valeurs de notre civilisation sur l'autel du marché et du marketing communautariste* »¹³⁶³ quand une députée socialiste appelle au boycott de la marque¹³⁶⁴. Gérard Darmanin, alors ministre de l'Action et des comptes publics, indique : « *le sport, comme l'école, doit être un lieu où l'on ne regarde pas les questions religieuses. Mais ce n'est pas une question de légalité, c'est une question politique* »¹³⁶⁵. En 2020, la venue d'une étudiante syndicaliste voilée pour une audition dans le cadre de la commission d'enquête sur la Covid-19 et la jeunesse à l'Assemblée nationale défraye la chronique. Certains députés refusent de l'auditionner et quittent la salle. Un député Les Républicains y voit « *un acte communautariste* » contraire au principe de laïcité et une députée La République en marche indique « *je ne peux accepter qu'au sein de l'Assemblée nationale, le cœur battant de la démocratie, où règnent les*

¹³⁶² Communiqué du Comité Laïcité République et de la Ligue du droit international des femmes , « Ce que cache le "hijab running noir", ou comment Décathlon se fait le promoteur de l'apartheid sexuel », 24 février 2019, disponible sur le site internet du Comité Laïcité République.

¹³⁶³ Tweet de Lydia Guirous : <https://twitter.com/LydiaGuirous/status/1099635203188903936?s=20> (consulté le 8 septembre 2022).

¹³⁶⁴ Tweet de Valérie Rabault : https://twitter.com/Valerie_Rabault/status/1099796180509360128?s=20 (consulté le 8 septembre 2022).

¹³⁶⁵ Il est interrogé à ce sujet dans une émission sur la radio Europe 1 le 27 février 2019 : <https://www.europe1.fr/politique/polemique-sur-le-hijab-de-course-de-decathlon-ca-me-choque-que-lon-fasse-de-largent-sur-tout-reagit-gerald-darmanin-3864941> (consulté le 8 septembre 2022).

valeurs fondatrices de la République dont la laïcité, nous acceptions qu'une personne se présente en hijab devant une commission d'enquête »¹³⁶⁶. Récemment, une affiche du planning familial sur laquelle figurait une jeune femme voilée conduit le maire de la commune de Chalon-sur-Saône à retirer l'autorisation d'occupation du domaine public qu'il avait donnée à l'association pour tenir un stand d'information

440. Il est frappant de constater que ces réactions ne sont pas l'apanage d'une tendance politique mais semblent pouvoir émerger dans tous les courants. Elles bénéficient quoiqu'il en soit généralement d'un fort relai médiatique et stimulent des vagues d'indignation à plus grande échelle. Le droit s'en fait parfois le relai.

II. LA SANCTION ENCORE MARGINALE DES COMPORTEMENTS RELIGIEUX INDECENTS

441. Il y a pour l'instant encore peu d'exemples permettant d'attester que certaines pratiques religieuses sont indécentes. Ils concernent toutefois presque tous le port de signes ou vêtements à connotation religieuse attachés à la religion musulmane dans l'espace public. Certaines pratiques ont été interdites par la loi (A), d'autres font l'objet d'un encadrement d'origine administrative (B).

¹³⁶⁶ Propos relayés par France inter dans un article du 17 septembre 2020 : <https://www.franceinter.fr/societe/audition-d-une-femme-voilee-en-commission-rien-ne-s-y-oppose-indique-l-assemblee> (consulté le 8 septembre 2022).

A. L'ENCADREMENT DES PRATIQUES RELIGIEUSES RADICALES PAR LA LOI

442. **La loi du 15 mars 2004.** Il ne s'agit pas de revenir ici sur le contenu de la loi ni sur les finalités du texte, tout ceci ayant été largement présenté en amont¹³⁶⁷, mais plutôt de mettre en valeur l'origine du problème, c'est-à-dire la raison pour laquelle le comportement visé -port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse- est considéré par le législateur comme inacceptable dans l'école publique. Différents arguments ont été avancés à l'occasion du travail législatif, parmi lesquels celui de l'égalité entre les sexes. Stéphanie Hennette-Vauchez a pu souligner l'hypocrisie d'une telle argumentation :

« il ne pouvait échapper à l'observateur qu'au moment où l'on s'apprêtait à exclure des collèges ou lycées les jeunes musulmanes voilées, s'accroissait la fréquentation de ces établissements par de jeunes filles dont la tenue vestimentaire « occidentale » pouvait paraître inappropriée dans un établissement d'enseignement (jeans « taille basse » et t-shirts courts arrangés de manière à laisser apparaître le port suggestif de « strings »). (...) Les défenseurs de cette dernière, certaines féministes en tête, eurent en effet tôt fait de recourir dans l'un et l'autre cas au même vocabulaire, et aux mêmes analyses : le foulard et le string étaient semblablement présentés comme les outils de l'aliénation de la femme. Le premier marquerait leur infériorité et leur retrait du monde, le second leur acceptation d'un statut d'objet disponible de l'appétit sexuel de leurs congénères masculins. Et pourtant,

¹³⁶⁷ Cf. *supra* § 325 s.

personne n'a alors sérieusement considéré qu'il serait possible d'interdire le port du string »¹³⁶⁸.

Une quinzaine d'année plus tard, c'est à nouveau le port d'une tenue jugée trop peu couvrante qui conduit le ministre de l'Éducation nationale, Jean-Michel Blanquer, à dire à une journaliste que les élèves doivent venir vêtus d'une tenue « républicaine » à l'école. Il est manifeste que la question de la tenue vestimentaire des femmes ne cesse de préoccuper une partie des personnalités politiques. Présentés par certains comme des outils de sexualisation du corps des filles, les strings ou *crop top* n'ont pourtant jamais ému le législateur au point qu'il intervienne, et ce alors que leur interdiction à l'école se heurterait à moins d'obstacles juridiques dans la mesure où la liberté vestimentaire, contrairement à la liberté religieuse, n'est pas consacrée directement comme une liberté fondamentale. En tout état de cause, l'interdiction résultant de la loi du 15 mars 2004 ne peut pas reposer entièrement sur l'argument de l'égalité entre les sexes puisque seul le voile islamique a été présenté comme y étant contraire mais que l'interdiction édictée concerne d'autres vêtements et accessoires religieux.

443. L'argument relatif à la fonction de l'école publique a été particulièrement avancé durant les débats législatifs et médiatiques qui ont entouré la question. Le port de signes religieux ostensibles ne permettrait pas à l'école de remplir sa fonction éducative. C'est là encore un argument avancé dans

¹³⁶⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « La burqa, la femme et l'État », *Raison publique*, 12 mai 2010.

la *Tribune des intellectuels*¹³⁶⁹ et repris dans l'exposé des motifs de la loi : « *Il s'agit de permettre aux professeurs et aux chefs d'établissements d'exercer sereinement leur mission avec l'affirmation d'une règle claire qui est dans nos usages et dans nos pratiques depuis longtemps* »¹³⁷⁰. Il est indiqué que l'application du principe de laïcité a été questionnée, particulièrement « *dans certains services publics, comme l'école ou l'hôpital* ». En effet, les services publics ont pu être confrontés à des demandes particulières : médecin de même sexe, adaptation des menus, des programmes scolaires, refus de pratiquer certaines activités à l'école ou de recevoir certains traitements à l'hôpital... et il est légitime que ces demandes soient analysées à l'aune des contraintes du service public. Un chef d'établissement peut sur ce fondement refuser toute adaptation du fonctionnement de l'établissement, qu'il s'agisse des programmes et activités, de la cantine, des dispenses ou autorisations d'absence... Il était déjà possible de limiter le port de tout accessoire qui peut s'avérer dangereux pour la sécurité de l'élève, par exemple dans le cadre des activités sportives, et lorsque le Conseil d'État a été consulté à ce sujet, il a indiqué que le port du foulard islamique n'est pas en lui-même de nature à perturber le bon fonctionnement de l'école publique¹³⁷¹. Le législateur considère peut-être que la manifestation des convictions religieuses dans l'établissement ne permet pas la transmission sereine des connaissances et perturbe les relations sociales entre les élèves. Mais si effectivement sa volonté était de faire de l'école un lieu

¹³⁶⁹ « Foulard islamique : « Profs, ne capitulons pas ! », *Nouvel Obs*, 2 novembre 1989.

¹³⁷⁰ Loi du 15 mars 2004, n° 2004-228, *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*, exposé des motifs.

¹³⁷¹ CE, avis, 27 novembre 1989, n° 346893, « Port du foulard islamique ».

d'émancipation à l'égard du milieu d'origine, il aurait été plus cohérent d'y placer autant que possible les élèves sur un pied d'égalité, en interdisant l'ensemble des signes manifestant non seulement une appartenance religieuse, mais également les convictions politiques ou philosophiques, voire en imposant le port d'un uniforme, qui favoriserait la mise à distance du milieu socio-économique des élèves. Ce sont là des déterminants sociaux qui peuvent tout autant que la religion constituer un frein à l'ouverture aux savoirs et aux autres. Cette sanctuarisation de l'école publique est en fait très évocatrice des conceptions républicaines de la laïcité et révèle leur influence dans l'ordre juridique. On retrouve ainsi dans cette loi l'idée de limiter la visibilité du religieux dans l'espace public ainsi que la volonté d'imposer une certaine distance entre l'individu et ses croyances.

444. En effet, la loi semble révéler l'existence d'une nouvelle forme de décence liée à l'expression des convictions religieuses, et ceci résulte du champ même de l'interdiction. En interdisant les signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, le législateur indique plusieurs choses. D'une part l'interdiction porte sur le caractère ostensible. Il faut ainsi distinguer entre le signe discret, admis, et le signe trop visible, interdit. Une telle distinction se comprend mal dans la volonté de protéger la conscience des autres élèves. Frédéric Dieu souligne à juste titre qu'un signe discret n'empêche pas d'identifier la religion de l'élève qui le porte¹³⁷², à la limite elle empêche de l'identifier à une certaine distance, mais dans le

¹³⁷² F. DIEU souligne à juste titre que le signe discret n'empêche pas l'identification de la conviction religieuse d'un élève par les autres : « Le principe de laïcité érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, n° 3, 1 mai 2010, p. 749.

cadre des activités scolaires, qui impliquent une certaine proximité physique entre les élèves, ne serait-ce qu'en classe, il est permis de penser que le port d'un simple pendentif puisse être à un moment ou à un autre identifiable par les autres élèves. Cette interdiction des signes ostensibles pourrait plutôt suggérer que le caractère ostensible dit quelque chose du porteur, comme si porter un signe plus visible impliquait que la croyance est plus forte ou revendiquée. Les amalgames qui sont désormais largement réalisés entre le voile islamique et la radicalisation confirment l'existence d'une gêne morale à l'égard de ce vêtement religieux. Par ailleurs, l'interdiction porte sur les signes **manifestant** l'appartenance religieuse. Elle ne s'adresse donc pas uniquement aux signes religieux par nature, mais également aux les signes religieux « *par destination* »¹³⁷³. Quatre affaires donnant lieu à deux décisions du Conseil d'État rendues le 5 décembre 2007 ont été l'occasion de répondre à ce cas de figure. Dans l'une de ces affaires, une élève musulmane portait un bandana sur la tête qu'elle refusait formellement de retirer¹³⁷⁴. Suivant le commissaire du gouvernement, le Conseil d'État a estimé que « *le carré de tissu de type bandana couvrant la chevelure de Mlle A était porté par celle-ci en permanence et qu'elle-même et sa famille avaient persisté avec intransigeance dans leur refus d'y renoncer, la cour administrative d'appel de Nancy a pu, sans faire une inexacte application des dispositions de l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation, déduire de ces constatations que Mlle A avait manifesté ostensiblement son appartenance religieuse par le port de ce couvre-chef, qui ne saurait être qualifié de discret, et, dès lors, avait méconnu l'interdiction*

¹³⁷³ CE, 5 décembre 2007, n° 295671, *M. et Mme Ghazal*; CE, 5 décembre 2007, n° 285394, *M. Singh et autres*.

¹³⁷⁴ CE, 5 décembre 2007, n° 295671, *M. et Mme Ghazal*.

posée par la loi »¹³⁷⁵. Dans les trois autres, il s'agissait d'élèves sikhes qui refusaient d'ôter leur sous-turban¹³⁷⁶. Là encore, suivant les conclusions de Rémi Keller, le Conseil d'État a indiqué qu'« *en estimant que le keshi sikh (sous-turban), porté par Ranjit A dans l'enceinte scolaire, bien qu'il soit d'une dimension plus modeste que le turban traditionnel et de couleur sombre, ne pouvait être qualifié de signe discret et que l'intéressé, par le seul port de ce signe, a manifesté ostensiblement son appartenance à la religion sikhe, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas fait une inexacte application des dispositions de l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation* ». Plus que le signe ou le vêtement, c'est l'attitude de l'élève, celle qui consiste à manifester sans discrétion ses convictions qui est visée. En effet, un bonnet ne conduit pas en soi à se « faire reconnaître » pour son appartenance religieuse puisque c'est un vêtement dépourvu en lui-même de signification. Aussi par sa portée, la loi ne vise pas, ou pas seulement, à protéger la liberté de conscience des autres élèves. Pour le législateur et à sa suite le pouvoir réglementaire et le juge, l'élève qui remplace le port d'un vêtement religieux par un autre vêtement ne transige pas, ou pas assez avec ses convictions. Il n'est pas dans une posture de compromis, de mise à distance de sa foi, mais dans une posture de contournement de la loi. Le commissaire du gouvernement indique dans ses conclusions que « *le bandana ne conduit pas celui qui le porte à se faire reconnaître immédiatement par son appartenance religieuse* »¹³⁷⁷. Il rappelle ensuite l'intention du législateur :

¹³⁷⁵ *ibid.*

¹³⁷⁶ CE, 5 décembre 2007, n° 285394, *M. Singh et autres.*

¹³⁷⁷ *ibid.*

« La question du bandana, en effet, a été abordée à plusieurs reprises par les parlementaires. M. Pascal Clément indiquait dans son rapport devant l'Assemblée nationale que les chefs d'établissement devront déterminer « si les jeunes filles (...) portent [le bandana] pour des motifs religieux ». Et il estimait que si le bandana « est porté pour manifester de façon ostensible son appartenance religieuse, il sera interdit ». C'était aussi l'avis du sénateur Jean-Michel Dubernard, rapporteur pour avis de la Commission des affaires culturelles du Sénat. Autrement dit, le législateur a entendu interdire non seulement les signes religieux par eux-mêmes - à l'exception des signes discrets - mais également ceux dont le caractère religieux se déduira du comportement de l'élève, et il a cité expressément le bandana. Or il ne nous appartient pas de rouvrir ici un débat qui a eu lieu au Parlement »¹³⁷⁸.

La circulaire de François Fillon indiquait que « *tout comportement qui réduit l'autre à une appartenance religieuse ou ethnique, à une nationalité (actuelle ou d'origine), à une apparence physique, appelle une réponse* »¹³⁷⁹, en réalité il ne s'agit pas seulement de protéger autrui, mais bien soi-même, d'une forme de religiosité jugée excessive. Confirmant les « bienfaits » espérés par cette loi en termes de rapport entre les individus et leur foi, Rémi Keller indique alors : « *si vous*

¹³⁷⁸ R. KELLER, « Le port d'un bandana ou d'un turban sikh dans un établissement scolaire », conclusions sur CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal*, n° 295671, *M. Singh et autres*, n° 285394, *RFDA*, 2008, p. 529.

¹³⁷⁹ Circ. du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la 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, *JORF*, 22 mai 2004, n°118, p. 9033.

censurez la cour, votre décision peut avoir des conséquences fâcheuses : des jeunes filles musulmanes, qui avaient accepté de venir en classe tête nue, risquent d'être incitées à porter un bandana - parfois même contre leur gré - ce qui pourrait entraîner de nouveaux contentieux et relancer un débat qui semble s'être apaisé »¹³⁸⁰.

445. **La loi du 11 octobre 2010.** Là encore, il n'est pas question de revenir sur le détail de l'élaboration et de la portée de cette loi qui pénalise le port du voile intégral dans l'espace public¹³⁸¹ mais plutôt sur certaines raisons ayant pu justifier son adoption. Selon Claire Saas, cette loi constitue un « *exemple de déviance érigée en infraction* »¹³⁸². Le contexte de son élaboration comporte tous les marqueurs d'une conception républicaine de la laïcité. La loi fait suite à l'adoption, quelques mois plus tôt, à une large majorité, de la résolution parlementaire *sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte*¹³⁸³. Le vote de cette résolution était préconisé par le Conseil d'État pour « *préparer cette interdiction et en assurer la compréhension collective, notamment par le biais d'une large diffusion* »¹³⁸⁴. Dans cette

¹³⁸⁰ R. KELLER, « Le port d'un bandana ou d'un turban sikh dans un établissement scolaire », conclusions sur CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal*, n° 295671 ; *M. Singh et autres*, n° 285394, *RFDA*, 2008, p. 529.

¹³⁸¹ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

¹³⁸² C. SAAS, « Radicalisation : répression et « sécurisation » », *AJ Pénal*, 2018, p. 116.

¹³⁸³ AN, 11 mai 2010, résolution n° 459, *sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte*.

¹³⁸⁴ CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 2010, p. 41.

résolution, il est effectivement indiqué que « *les pratiques radicales attentatoires à la dignité et à l'égalité entre les hommes et les femmes, parmi lesquelles le port d'un voile intégral, sont contraires aux valeurs de la République* ». C'est en tant que pratique « radicale » qu'est visé le port du voile intégral et le législateur a souhaité miser sur une démarche pédagogique en plus de la démarche punitive. Il a en effet été prévu de différer l'application de la loi pour laisser le temps aux personnes concernées de comprendre et de s'adapter à cette nouvelle interdiction : « *L'article 5 prévoit que l'interdiction de dissimuler son visage en public et la sanction des personnes qui ne respectent pas cette interdiction entreront en vigueur six mois après le vote de la loi afin de préparer l'application effective de la règle par un effort de pédagogie à l'attention des personnes concernées. Ainsi, certaines des femmes qui portent le voile intégral pourront elles y renoncer spontanément* »¹³⁸⁵. La loi permet en outre que l'amende prévue pour sanctionner les contrevenants puisse s'accompagner ou être substituée par un stage de citoyenneté¹³⁸⁶. Cette démarche peut s'analyser de plusieurs manières. Elle est, d'une part, révélatrice de l'embarras du législateur à mettre en œuvre une interdiction originale et potentiellement stigmatisante. Elle est, d'autre part, le corollaire d'une démarche quelque peu paternaliste visant à éveiller les individus.

446. Il est possible de considérer avec Jean-Éric Shoettl que parmi les motifs qui ont pu fonder la loi se trouve celui selon lequel la femme intégralement voilée « *rompt enfin le pacte de non-*

¹³⁸⁵ Loi du 11 octobre 2010, n° 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, exposé des motifs.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, art. 3.

ostentation religieuse qui, depuis un siècle, sans résulter juridiquement de la loi de séparation, était cependant intériorisé par chacun »¹³⁸⁷. A l'occasion de la mission d'information ayant précédé le vote de la loi, le Professeur Carcassonne a souligné que ces considérations renvoient à des « codes sociaux », qui « font qu'il y a des éléments de notre corps que l'on cache, d'autres que l'on montre »¹³⁸⁸. Un constat qu'il rappelle après la décision de conformité du Conseil constitutionnel sur cette loi : « *Il y avait tout d'abord, à mes yeux, une espèce de symétrie entre la dissimulation intégrale et la nudité intégrale : je n'ai jamais cessé de dire que si l'on considère l'une comme insupportable, on est fondé à considérer l'autre comme tout aussi insupportable. Le Conseil d'État dit que la nudité est interdite, mais que cela n'a aucun rapport avec le cas en question parce que la nudité est un comportement par lequel « chacun peut se sentir agressé ». Il me semblait que les mêmes mots s'appliquaient exactement à la dissimulation intégrale du visage. Il s'agit d'un comportement par lequel on peut se sentir agressé* »¹³⁸⁹.

447. Finalement, les lois de 2004 et de 2010 interdisent des vêtements et accessoires en raison de leur visibilité particulière. La première se porte sur les signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse, la seconde sur le voile intégral. Il y a non seulement un trouble qui résulte de la visibilité de ces signes, mais le fait que les signes liés à la

¹³⁸⁷ J.-E. SHOETTL, « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *RFDA*, 2018, p. 327.

¹³⁸⁸ A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, *rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, p. 556 s.

¹³⁸⁹ « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *D.*, 2011, p. 1166.

religion musulmane inquiètent prioritairement le législateur révèle l'existence d'un raccourci entre la radicalisation islamique et ces symboles. Ces lois, faisant du signe religieux trop visible un signe religieux indécent, ne font au fond que reproduire la vieille inquiétude née de la concurrence entre le pouvoir religieux et le pouvoir de l'État. Elles sont pour l'heure les seules véritables normes législatives impératives en la matière. D'autres éléments juridiques convergent quand même vers cette idée à des niveaux moindres.

B. L'ENCADREMENT DES PRATIQUES RELIGIEUSES RADICALES PAR L'ADMINISTRATION

448. Deux questions paraissent, avec des ampleurs tout à fait distinctes, traduire un refus de la pratique religieuse radicale.
449. **La naturalisation des étrangers.** Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers prévoit la condition d'assimilation pour les demandeurs à la naturalisation. En matière de naturalisation, l'article 21-24 du Code civil exige que le demandeur manifeste une assimilation à la communauté française. Il revient à l'administration et au juge d'apprécier si cette condition est remplie. Le contentieux en la matière est révélateur des réticences de l'ordre public français à admettre la radicalité comme un comportement acceptable. Classiquement, une opposition est manifestée à la naturalisation d'étrangers dont le militantisme en faveur d'un mouvement religieux dont les thèses sont contraires aux principes et valeurs de la société française est constaté par des actes ou des paroles. Il en a été ainsi d'une personne s'étant vu refuser la naturalisation car « *à compter de l'année 2001, M. O. s'est orienté vers un prosélytisme de plus en plus actif, au*

soutien direct d'un imam d'obédience salafiste, M. Yahia Cherif, prônant des thèses violentes, refusant les valeurs essentielles de la société française d'égalité et de tolérance, et qui a fait l'objet, pour ces raisons, d'un arrêté d'expulsion en urgence absolue en date du 5 avril 2004 ; que, dans la même période, M. O. est devenu trésorier de l'association mise en place et utilisée par M. Yahia Cherif pour son action, où il le secondait, en dépit des positions extrêmes prises par celui-ci et de modes de financement dont la régularité n'est pas établie »¹³⁹⁰. Il en a été de même d'un imam ayant « *tenu, à de nombreuses reprises, lors de ses prêches, des propos d'une teneur radicale, de nature à encourager la propagation de thèses contraires ou hostiles aux valeurs essentielles de la société française* »¹³⁹¹. La naturalisation a également pu être refusée pour défaut d'assimilation parce que le demandeur entretenait des relations avec une organisation prônant des thèses extrémistes. Dans une affaire le demandeur a vu rejeté sa demande d'annulation du décret refusant de lui attribuer la nationalité française au motif qu'il entretenait des « *liens étroits et continus, en région parisienne et à l'étranger, avec une organisation islamiste menant une action de propagande en faveur de thèses extrémistes et prônant le rejet des valeurs essentielles de la société française* »¹³⁹². Le fait que le conjoint du demandeur milite en faveur de thèses radicales fait également obstacle à sa naturalisation¹³⁹³. L'administration se contente parfois d'identifier la pratique actuelle ou passée d'une religion qu'elle juge radicale pour s'opposer à la demande de naturalisation. Il en va ainsi d'un requérant qui

¹³⁹⁰ CE, 14 février 2007, n° 279704.

¹³⁹¹ CE, 13 février 2008, n° 301711.

¹³⁹² CE, 13 novembre 2006, n° 279543.

¹³⁹³ CE, 21 décembre 2007, n° 297355.

« a été membre du mouvement fondamentaliste musulman « Tabligh », qui prône une pratique radicale de la religion »¹³⁹⁴, pratique qui est présentée comme étant par elle-même contraire aux valeurs de la société française et non en raison d'un discours de rejet de celles-ci : « l'engagement de l'intéressé en faveur d'un mouvement islamiste radical, dans un passé encore récent, était de nature à créer un doute sur son loyalisme envers les institutions françaises »¹³⁹⁵. Dans tous ces cas de figure, la radicalité se déduit de l'adhésion, active ou passive, à des thèses radicales, sans que l'on sache exactement quels sont les critères utilisés par l'administration pour qualifier ainsi ces thèses. La plupart du temps c'est l'adhésion au courant salafiste qui est visée¹³⁹⁶. Il est parfois évoqué le fait que ces thèses appellent à la violence¹³⁹⁷. Mais il y a des affaires où la radicalité est qualifiée sans référence à la violence, sans même que le demandeur ne manifeste activement ou passivement son adhésion à des discours religieux radicaux.

450. L'affaire *Mabchour* illustre ceci. Une femme portant le voile intégral, mariée depuis plus de quatre ans à un Français, dépose une déclaration acquisitive de nationalité française à laquelle le ministre compétent s'oppose pour défaut d'assimilation à la communauté française. Elle conteste cette décision devant le juge administratif. Dans ses conclusions, la commissaire du gouvernement soulève plusieurs éléments permettant de conclure que la requérante « n'a pas fait siennes

¹³⁹⁴ CAA Nantes, 28 décembre 2015, n° 15NT03371, *M. Gueribi*.

¹³⁹⁵ *ibid.*

¹³⁹⁶ Ainsi que l'indiquent les conclusions d'une affaire : X. DOMINO, conclusions pour l'affaire CE, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane*, inédites.

¹³⁹⁷ CE, 14 février 2007, n° 279704.

les valeurs de la République et en particulier celle de l'égalité des sexes »¹³⁹⁸. Madame Mabchour aurait un mode de vie traduisant « *la soumission totale aux hommes de sa famille, qui se manifeste tant le port de son vêtement que dans l'organisation de sa vie quotidienne* ». Pourtant on remarque que les éléments d'instruction sur lesquels elle se fonde ne permettent pas un constat aussi tranché :

*« Si Mme M. parle bien français et si deux de ses enfants sont scolarisés à l'école communale, si elle a été suivie par un gynécologue homme pendant ses grossesses, il reste que, d'après ses propres déclarations, elle mène une vie presque recluse et retranchée de la société française : elle ne reçoit personne chez elle, le matin elle s'occupe de son ménage, se promène avec son bébé ou ses enfants, l'après-midi elle va chez son père ou son beau-père. Pour les courses, elle indique qu'elle peut faire des achats seule mais admet qu'elle va le plus souvent au supermarché en compagnie de son mari »*¹³⁹⁹.

Philippe Malaurie indique ironiquement dans un commentaire de la décision « *on n'est pas hors la communauté nationale du seul fait qu'on est femme au foyer, taciturne, misanthrope ou sauvage* »¹⁴⁰⁰. Il semble que le port du niqab par la requérante ait ici été assez déterminant :

¹³⁹⁸ E. PRADA-BORDENAVE, concl. sur CE, 27 juin 2008, n° 286798, inédites.

¹³⁹⁹ *ibid.*

¹⁴⁰⁰ P. MALAURIE, « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP G*, n° 38, 17 Septembre 2008, II, p. 10151.

« Mme M. s'est rendue à plusieurs reprises à un entretien en préfecture, à chaque fois elle s'est présentée recouverte du vêtement des femmes de la péninsule arabique : longue robe unie sombre ou kaki tombant jusqu'aux pieds, voile masquant les cheveux, le front et le menton et, combinée avec le voile, une autre pièce de tissus masquant le visage et ne laissant voir les yeux que par une fente qui dans cette région s'appelle le Niqab. Les agents qui faisaient l'entretien étaient dans tous les cas des femmes, elles notent que Mme M. n'a accepté de relever cette pièce de tissu dans le bureau qu'à leur demande expresse, lorsqu'elles lui ont fait remarquer qu'il fallait qu'elles puissent l'identifier et que dès que l'entretien a été fini, avant même de franchir la porte, elle l'a remis, circulant ainsi dans les couloirs de cette administration »¹⁴⁰¹.

Suivant les conclusions, le Conseil d'État rejette la requête, indiquant que *« si Mme A possède une bonne maîtrise de la langue française, elle a cependant adopté **une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes** »¹⁴⁰²*. Elle porte un vêtement qui en lui-même est considéré comme la manifestation radicale d'une opposition aux valeurs de la République : *« En France, on s'habille comme on veut, mais on ne peut acquérir la*

¹⁴⁰¹ E. PRADA-BORDENAVE, conclusions pour l'affaire CE, 27 juin 2008, n° 286798, inédites.

¹⁴⁰² CE, 27 juin 2008, n° 286798.

nationalité française quand on refuse les fondements de son humanisme »¹⁴⁰³.

451. La radicalité se déduit ici essentiellement du port d'un vêtement quand dans d'autres affaires celui-ci est évoqué parmi d'autres éléments et fait office de « confirmation » pour l'administration du degré d'adhésion d'un individu à ses convictions :

« la demande de naturalisation de M. B...a été rejetée au motif que ce dernier fréquentait régulièrement la mosquée de la cité des Indes à Sartrouville (Yvelines), lieu de culte éloigné de son domicile connu pour être sous l'emprise du courant islamique intégriste salafiste ; (...) » dans le cadre de l'instruction de son dossier de naturalisation ", l'intéressé portait une tenue en relation avec cette appartenance ; (...) par suite, et alors même que M. B...affirme pratiquer un islam modéré et invoque sa bonne intégration professionnelle en produisant de nombreuses attestations en ce sens, c'est sans erreur de fait ni erreur manifeste d'appréciation, compte tenu du doute subsistant quant à l'adhésion de M. B...aux valeurs de la République, que le ministre de l'intérieur a pu, dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation de l'opportunité, refuser d'accorder la naturalisation »¹⁴⁰⁴.

452. Fréquemment, l'administration se fonde sur le rejet de l'égalité homme-femme pour identifier le défaut d'assimilation. C'est

¹⁴⁰³ P. MALAURIE, « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP G*, n° 38, 17 Septembre 2008, II, p. 10151.

¹⁴⁰⁴ CAA Nantes, 18 sept. 2017, n° 16NT00558, *M. Gherari*.

en partie le cas dans l'affaire *Mme Mabchour*, où cette inégalité est reprochée à celle qui la subit. Frédéric Dieu souligne l'incongruité de la situation : « *il est remarquable que le principe d'égalité des sexes soit opposable tant à l'époux sollicitant l'acquisition de la nationalité française, qui refuse cette égalité dans la personne de son épouse, qu'à l'épouse sollicitant cette même acquisition, qui en accepte la méconnaissance dans sa propre personne. Le consentement de l'intéressée à la méconnaissance (dans la sphère privée essentiellement) de cette valeur essentielle de la société française est ici tenu pour rien* »¹⁴⁰⁵. C'est parfois, en sens inverse, à l'égard des hommes que l'inégalité entre l'homme et la femme dans un couple identifiée par l'administration fonde le refus d'acquisition de la nationalité. Cela a été le cas dans l'affaire *Aberkane*. Le Commissaire du gouvernement a conclu à l'annulation du décret s'opposant à l'acquisition de la nationalité par M. Aberkane. Il souligne différents éléments intéressants dans ses conclusions. Il indique d'abord le caractère flou et délicat de la question de l'appréciation de la condition d'assimilation :

« le défaut d'assimilation est un critère en partie subjectif, assez empirique et peu évident à manier, que les entretiens que doit mener l'administration, notamment en vertu de la circulaire du 29 décembre 2009 relative à la procédure d'acquisition de la nationalité française en raison du mariage, qui sont de première importance, ne sont pas toujours très concluants, soit en raison la maladresse ou du manque de diligence des

¹⁴⁰⁵ F. DIEU, « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *Constitutions*, 2014, p. 175.

agents de l'administration conduisant les entretiens, soit en raison de la malice de ceux qui leur répondent »¹⁴⁰⁶.

Plusieurs éléments de fait sont ensuite mis en avant par le Commissaire. M. Aberkane a été interrogé par l'administration « *sur le point de savoir s'il inscrirait ses enfants à une école coranique si une telle école venait à ouvrir dans sa commune* », ce à quoi il a répondu par l'affirmative. Il a expliqué « *qu'il porte la barbe pour éloigner les femmes de lui car il se dit « faible » avec elles, et que depuis leur mariage son épouse porte le voile, qui est une obligation pour l'islam selon lui, dans le but d'« éloigner la tentation »* »¹⁴⁰⁷. Sur cette affirmation le Commissaire du gouvernement se montre très précautionneux :

« ces éléments sont tout de même très fragiles. M. A... n'a pas déclaré qu'il refusait tout contact avec les femmes, il n'a pas déclaré que sa femme ne pouvait pas s'adresser à des hommes. Il a fait état de la conception qu'il a de la fonction du port de la barbe pour lui et du port du voile pour sa femme. Cette description peut être lue de plusieurs manières : soit on considère que M. Aberkane s'est borné à faire état d'une sorte de souhait de manifestation extérieure de fidélité conjugale et de religiosité, soit l'on considère que ses termes insinuent plus, et dénotent une vision du rôle des femmes et des hommes contraire au principe d'égalité. Pour notre part, nous avons beaucoup de mal, surtout si l'on garde en mémoire les éléments dont vous disposez au dossier que

¹⁴⁰⁶ X. DOMINO, concl. pour l'affaire CE, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane*, inédites.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*

nous avons décrits sur le mode de vie des intéressés, et qui ne dénotent aucun confinement de l'épouse, à trouver dans le dossier d'autres éléments qui confirmeraient la seconde interprétation possible »¹⁴⁰⁸.

D'autres éléments sont ensuite évoqués : le fait que l'intéressé aurait une connaissance limitée du principe de laïcité, le fait qu'il fréquente une mosquée salafiste. Ces éléments sont tous, selon le Commissaire du gouvernement, insuffisants pour valablement fonder un refus d'acquisition de la nationalité française. Le Conseil d'État a toutefois jugé, ne suivant pas les conclusions, que les « *pièces du dossier et notamment des propos tenus et du comportement adopté par M. A... au cours des entretiens menés par les fonctionnaires de la sous-préfecture de Rambouillet puis par ceux de la préfecture des Yvelines chargés de l'instruction de son dossier que l'intéressé refuse d'accepter les valeurs essentielles de la société française et notamment l'égalité entre les hommes et les femmes* »¹⁴⁰⁹. A nouveau une telle interprétation suscite des interrogations quant aux véritables raisons qui permettent de refuser l'acquisition de la nationalité ici. Si l'administration essaie de prouver que Monsieur Aberkane refuse l'égalité entre les hommes et les femmes, elle le fait en ne s'appuyant quasiment que sur les pratiques religieuses de l'intéressé. Elle fait peu de cas du fait que son mode de vie ne manifeste pas nécessairement un sexisme incontestable et inacceptable¹⁴¹⁰,

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ CE, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane*.

¹⁴¹⁰ D'ailleurs, le Commissaire du gouvernement souligne que ceci ressort des entretiens réalisés avec M. Aberkane et son épouse : « *elle conduit, fait les courses, dispose de moyens de paiement, et utilise internet (notamment des sites de commerce en ligne). Selon elle, c'est son époux qui accompagne les enfants à l'école, mais elle qui participe aux réunions parents-professeurs. Cela*

mais se fonde plutôt sur le port de la barbe et du voile islamique par les époux.

453. L'ensemble de ces affaires exprime une gêne évidente à l'égard des comportements religieux radicaux, que ceux-ci se déduisent d'une adhésion active ou passive.
454. **La question du burkini.** Les affaires qui sont nées des arrêtés municipaux interdisant le port du burkini sur des plages municipales semblent pouvoir dire quelque chose de la manière dont la perception des vêtements religieux peut conduire à leur interdiction. En effet, il a été évoqué plus tôt¹⁴¹¹ que ces arrêtés étaient fondés sur le principe de laïcité : « *Sur l'ensemble des secteurs de plage de la commune, l'accès à la baignade est interdit, du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d'une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime* »¹⁴¹². Il a également été souligné que le juge administratif a exclu la possibilité de fonder ces arrêtés sur d'autres fondements que la protection de l'ordre public. Il n'a admis ces interdictions que dans la mesure où elles étaient

donne plutôt l'image d'une mère de famille, certes au foyer, mais active : à aucun moment dans les entretiens avec les époux A..., n'apparaît l'idée que Mme Aberkane aurait des sorties limitées, ou qu'il lui serait interdit de faire certaines choses ou de parler à certaines personnes, du sexe masculin par exemple » : X. DOMINO, concl. sur CE, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane*, inédites.

¹⁴¹¹ Cf. *supra* § 172.

¹⁴¹² Arrêté du maire de Villeneuve-Loubet du 5 août 2016 cité dans l'ordonnance du CE du 26 août 2016, n° 402742 et 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*.

donc justifiées par un risque de troubles à l'ordre public. C'est sur ce fondement que la Cour administrative d'appel de Marseille a rejeté la demande tendant à l'annulation d'un arrêté du maire de Sisco interdisant le port du burkini sur les plages de la commune : des altercations violentes avaient eu lieu sur la plage entre des familles dont les femmes se baignaient vêtues d'un burkini et d'autres usagers de la plage. C'est ce qui distingue cette affaire d'autres, où l'interdiction n'était fondée sur aucun trouble avéré ou probable. Les altercations en question ont ensuite été suivies de manifestations violentes ayant nécessité la mobilisation de nombreux CRS. Fondée sur des exigences tout à fait classiques -la sécurité et la tranquillité publiques-, cette affaire est révélatrice de la manière dont un comportement scandalisant peut générer un trouble et finir par être sanctionné. En effet, si l'interdiction du port du burkini est supposée prévenir les troubles à l'ordre public, c'est que le juge admet que c'est bien le port de ce vêtement qui en était à l'origine.

455. On retrouve la question du burkini quelques années plus tard dans le cadre du nouveau « déféré-laïcité » créé par la loi du 24 août 2021. La première utilisation de ce nouvel instrument contentieux a eu lieu lorsque le conseil municipal de Grenoble a approuvé le nouveau règlement pour les piscines municipales dont la teneur, concernant la tenue de baignade, est la suivante : « *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 »¹⁴¹³. La délibération du conseil municipal a été déférée au TA de Grenoble par le préfet de l'Isère sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article L. 2131-6 du CGCT. Celui-ci a jugé assez laconiquement qu'« en permettant aux usagers du service public communal des piscines de Grenoble de porter des tenues « non près du corps », sous la seule condition qu'elles soient moins longues que la mi-cuisse - comme c'est le cas notamment du vêtement de baignade appelé burkini-, c'est à dire 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, ainsi qu'il est d'ailleurs reconnu dans les écritures de la commune, les auteurs de la délibérations litigieuse ont gravement porté atteinte aux principe de neutralité du service public »¹⁴¹⁴. Il a suspendu la délibération du conseil municipal, à la suite de quoi la ville de Grenoble a fait appel de l'ordonnance auprès du Conseil d'État. Si l'ordonnance du TA de Grenoble pouvait laisser penser que l'accommodement visant ici à permettre le port d'un burkini pour la baignade était par principe contraire à la laïcité, l'ordonnance du Conseil apporte une réponse plus argumentée qui suggère davantage la nuance. Après avoir rappelé que le gestionnaire d'un service public « pour satisfaire l'intérêt général qui s'attache à ce que le plus grand nombre d'usagers puisse accéder effectivement au service public »¹⁴¹⁵ peut « tenir compte, au-delà des dispositions légales et réglementaires qui s'imposent à lui, de certaines spécificités du public concerné » et que « les principes de

¹⁴¹³ Cité par l'ord. du TA de Grenoble du 25 mai 2022, n° 2203163

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ CE, ord., 21 juin 2022, n° 464648.

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 précise que « *le gestionnaire de ce service ne peut procéder à des adaptations qui porteraient atteinte à l'ordre public ou qui nuiraient au bon fonctionnement du service* ». En l'espèce, le fait pour la commune d'avoir prévu une adaptation ayant un « *caractère très ciblé et fortement dérogatoire à la règle commune, réaffirmée par le règlement intérieur pour les autres tenues de bain, sans réelle justification de la différence de traitement qui en résulte (...) est de nature à affecter tant le respect par les autres usagers de règles de droit commun trop différentes, et ainsi le bon fonctionnement du service public, que l'égalité de traitement des usagers* ». Il apparaît, aux termes de l'ordonnance du Conseil d'État que les équilibres bâtis en matière d'accommodements du fonctionnement du service public pour des raisons religieuses restent inchangés. L'adaptation n'est pas par elle-même attentatoire à la laïcité ou à la neutralité du service public, à condition qu'elle ne remette pas en question le bon fonctionnement du service public. Le champ d'application des deux notions reste ici identique à ce qu'il était puisque partant d'un recours visant à protéger la laïcité le Conseil d'État revient sur la seule notion en mesure d'encadrer la liberté religieuse des usagers d'un service public : l'ordre public.

456. Ainsi, les affaires concernant la naturalisation montrent qu'un comportement peut être jugé radical à partir de la simple extériorisation des convictions religieuses, notamment par le vêtement. La radicalité empêche alors l'acquisition de la nationalité française et exprime un refus formel d'intégrer dans le corps des citoyens français des individus ayant un tel rapport à la religion. Le cas du burkini est plus ambiguë. Pour l'heure,

il n'est sanctionné que lorsqu'il génère effectivement une contrariété à l'ordre public, et non en raison de ce qu'il exprimerait directement. Mais le fait que la question ait autant de visibilité et génère systématiquement du contentieux exprime les difficultés d'acceptation de ce vêtement religieusement connoté, au moins par certaines personnes.

457. La dimension « républicaine » de la laïcité que l'on tend à exclure d'emblée de la laïcité au sens juridique n'est pas dépourvue d'effets au sein de l'ordre juridique. Elle inspire une police des cultes particulière..

CONCLUSION DU TITRE

458. L'ordre public est le révélateur ultime de l'ambivalence de la laïcité française. Sa dimension la plus consensuelle : celle qui renvoie à la neutralité de l'État, inspire l'ordre public qui doit effectivement se vider de tout contenu doctrinal pour véritablement laisser les conceptions de la vie bonne se déterminer dans toute la mesure où elles sont compatibles avec le respect des droits d'autrui. En ce sens Robert-Édouard Charlier voyait dans la laïcité le *cogito ergo sum* de l'État, car « une mise en vigueur d'une métaphysique ne cesserait d'être un attentat à cette « souveraineté » de la personne humaine, et une gratuité au point de vue logique, que si l'on était absolument sûr que cette métaphysique est « vraie » au point de n'être plus une métaphysique »¹⁴¹⁶. Cet aspect pourrait finalement se dissoudre dans le principe plus large de neutralité, qui n'est pas nécessairement lié à la laïcité, en tout cas pas dans tous les pays. Toutefois en France, les débats parlementaires tendent à montrer que la neutralité peine à être appréhendée distinctement de la laïcité, qui est donc invoquée chaque fois qu'il s'agit de neutraliser l'ordre public. *In fine*, la garantie des droits et libertés s'en trouve confortée.

¹⁴¹⁶ R.-E. CHARLIER, « Les fins du droit public moderne », *RDP*, 1947, p. 126 s.

Cette dimension libérale de la laïcité ne doit pas faire oublier sa dimension plus substantielle. Les conceptions républicaines de la laïcité sus-évoquées bénéficient d'une certaine audience auprès des pouvoirs publics, et les philosophies issues de la libre-pensée, de la maçonnerie et des autres groupements et intellectuels qui gravitent autour ne sont pas dépourvues d'effet dans la détermination de la police des cultes. Celle-ci exprime à elle seule une certaine spécificité de la prise en compte du religieux. Cette spécificité pourrait être liée à une volonté de garantir mieux le libre exercice des cultes, mais en réalité elle a plutôt tendance à exercer sur eux des contraintes plus lourdes, qu'il s'agisse de leur exercice collectif ou de leur expression individuelle. D'abord dans l'aspect collectif de la pratique du culte, puisque l'encadrement pénal et administratif des cultes relaie bien une certaine méfiance et volonté de contrôle des pouvoirs publics en opposition avec l'idée de neutralité. Ce mouvement de contrôle ne fait que s'accroître les années passant. Il en va de même de la pratique religieuse individuelle. Si le rapport individuel à la foi est une thématique assez classique des défenseurs d'une laïcité plus substantielle, il n'était pas tellement saisi par le droit jusqu'à ce que la radicalité soit diagnostiquée comme étant la maladie qui menace désormais la République française. Remontant l'échelle de la prévention du mal, les pouvoirs publics semblent voir dans certaines pratiques individuelles le terreau sur lequel pourraient se développer les séparatismes et le terrorisme. Ainsi, vivre sa foi de manière trop intense est désormais perçu comme étant inapproprié, indécent. Certes, il s'agit pour l'heure majoritairement d'une réprobation sociale, mais elle s'est aussi manifestée, bien que plus rarement, par une réprobation juridique : l'ordre public est venu interdire ou sanctionner certaines pratiques religieuses, par la loi ou par l'administration. L'intensification des

scandales liés à ces pratiques religieuses ne peut augurer qu'un développement de cet ordre public reflétant la laïcité républicaine. Ce développement ne serait pas sans conséquences sur certains équilibres de l'ordre juridique. Didier Leschi s'interroge ainsi : « *est-il possible de lutter contre le littéralisme par la seule multiplication de normes contraignantes sans finir par entacher notre modèle de libertés publiques ? (...) une chose est de vouloir préserver les règles générales de la laïcité, une autre serait de vouloir laïciser de force la société* »¹⁴¹⁷.

Dans l'un et l'autre des cas, les invocations de la laïcité au stade de l'élaboration de la loi ou au stade de sa mise en œuvre par l'activisme judiciaire de certaines associations ne sont pas dépourvues de portée et l'on peut véritablement considérer, avec Frédéric Dieu, qu'il existe « *un ordre laïc* »¹⁴¹⁸, simplement, celui-ci est ambivalent.

¹⁴¹⁷ D. LESCHI, « L'organisation du culte musulman : un regard de praticien administratif », *Revue du droit des religions*, 2018, n° 6, p. 27.

¹⁴¹⁸ F. DIEU, « Laïcité et espace public », *RDP*, 2013, n° 3, p. 566.

CONCLUSION DE LA SECONDE

PARTIE

459. La seconde partie de ce travail a permis de vérifier l'existence d'une attraction entre les notions d'ordre public et de laïcité. Cette attraction éclaire à la fois la définition de la laïcité, puisqu'elle permet dans un premier temps de mettre en avant ce qui a permis d'en déterminer les contours. En révélant les finalités de l'ordre juridique, l'ordre public est une clé de compréhension de la laïcité. Il explique à la fois sa dimension libérale mais également sa dimension plus républicaine. La laïcité ne fait en réalité que suivre le mouvement de l'ordre public qui s'est fait défenseur des valeurs républicaines surtout à partir des années 1990. Si l'ordre public participe de la délimitation des contours de la notion juridique de laïcité, il révèle également la prégnance de la notion idéologique de laïcité. Cette dernière l'inspire, l'influence, de sorte qu'il est possible de considérer que la laïcité joue un rôle plus étendu qu'il n'y paraît au sein de l'ordre juridique.

CONCLUSION GENERALE

460. **Comment et pourquoi les notions d'ordre public et de laïcité entretiennent-elles des rapports ?** Une intuition a présidé au travail de réflexion mené ici : celle selon laquelle l'étude des rapports entre la laïcité et l'ordre public pourrait offrir le matériau d'une vision plus affinée de chacune des deux notions. Il est désormais temps d'en tirer les enseignements.
461. **Distinguer.** La première étape du raisonnement a conduit à identifier les contours juridiques des notions d'ordre public et de laïcité, afin à la fois d'en faire ressortir les caractéristiques propres mais également de poser une première comparaison entre elles. L'ordre public est une notion stable par sa fonction et variable par son contenu. Sa définition fonctionnelle ne pose en effet pas de difficulté majeure et s'avère même assez consensuelle au sein de la doctrine, il « *consiste à garantir (...) que toutes les exigences d'ordre, matériel ou juridique, qui, au sein de cet ordre juridique, apparaissent essentielles (...) seront en tout état de cause satisfaites* »¹⁴¹⁹. Cette définition le rend

¹⁴¹⁹ E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 2001, p. 9.

doublement évolutif : parce que les valeurs fondamentales qu'il protège ne sont pas immuables et parce que les exigences qu'il déploie pour les protéger sont en permanence adaptées au contexte. Cette définition fait de l'ordre public une notion placée à l'interface entre l'ordre juridique et l'ordre des valeurs dont il assure la sauvegarde. Pour remplir cette fonction, il a été doté d'une normativité spécifique : ses règles sont impératives car c'est la seule manière pour lui de faire primer les exigences essentielles de l'ordre juridique sur les autres.

La laïcité ressort dans toute son ambivalence lorsque l'on essaie de la distinguer. Notion originellement très liée à des considérations politiques, elle a pris les atours d'un combat qu'elle n'a jamais parfaitement délaissés. Sa dimension idéologique reste très forte ainsi qu'en atteste la permanence d'un phénomène militant autour de la laïcité ainsi que l'omniprésence de la notion dans les discours politiques. *Passé le seuil du droit*, ce caractère grandiloquent ternit quelque peu. En effet, la laïcité n'a pas la substance d'un principe de premier ordre. D'un côté ses exigences, telles qu'elles découlent de la loi et de l'interprétation du juge, sont relativement stabilisées et bénéficient d'une portée juridique limitée. La laïcité apparaît alors comme n'étant guère davantage qu'un régime juridique visant à séparer les églises de l'État, en somme, « *la forme française de la liberté religieuse* »¹⁴²⁰. De l'autre, par ses manifestations constitutionnelles ou dans des documents de portée juridique moindre, la laïcité se révèle plus englobante, susceptible d'irriguer l'ensemble de l'ordre juridique et des sujets de droit. Se dessine alors le hiatus particulièrement bien décrit par David Koussens entre une « *laïcité narrative* » et une

¹⁴²⁰ Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », RDP, 2015, n°2, p. 329

« *laïcité juridique* »¹⁴²¹. Analysées à l'aune de la notion d'ordre public, ces deux dimensions de la laïcité s'éclairent. Les rapports entre la laïcité et l'ordre public peuvent alors être résumés simplement par deux mouvements.

462. **De l'ordre public vers la laïcité.** D'une part, l'ordre public participe de la délimitation du principe juridique de laïcité. Sa définition en fait une notion qui garantit en même temps qu'elle révèle ce qui est essentiel dans l'ordre juridique. La construction du principe de laïcité a dû être adaptée à ces finalités essentielles. Maurice Hauriou a pu souligner la « *valeur doctrinale* »¹⁴²² de l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 aux termes duquel « *la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». Cet article commande ainsi que la liberté soit sauvegardée le plus largement possible sauf à ce que des restrictions soient justifiées par l'ordre public.

463. Dans un contexte où l'État avait une conception minimaliste de ses missions et distillait sa philosophie libérale à travers la consécration et l'organisation des libertés publiques, il n'y a rien de surprenant à ce que la « doctrine » qui a guidé le législateur et le juge pour mettre en œuvre les exigences de la laïcité ait été elle-même assez libérale. Il en découle une conception minimaliste des exigences de la laïcité comme de celles de l'ordre public. Ce faisant, le législateur et le juge ont indiqué que si la laïcité résultait d'un conflit, le droit n'avait pas

¹⁴²¹ D. KOUSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, 2009, vol. 41, n° 2, p. 327.

¹⁴²² M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} édition, 1916, p. 468.

vocation à le perpétuer. Ils participaient alors véritablement de « *l'apaisement par le droit* » de la notion juridique de laïcité, évinçant assez largement ses aspects hostiles aux religions.

464. Toutefois cette vertu doctrinale ne pouvait pas se résumer entièrement dans la garantie des droits et libertés. L'intérêt de l'ordre public n'est pas complètement soluble dans l'idée d'un État gendarme qui se contenterait de concilier les droits et libertés. L'État est également républicain, attaché à certaines valeurs fondatrices qui fournissent des limites supplémentaires aux droits et libertés. Il est possible de constater que certaines de ces valeurs républicaines ont particulièrement été développées postérieurement à la période de la III^{ème} République. Il en va ainsi de la dignité de la personne humaine qui surgit largement dans le droit à la suite de la Seconde guerre mondiale. Il en va également ainsi d'un certain *modus vivendi* dont l'impérativité s'est manifestée au contact d'évolutions sociétales venant le questionner : immigration de populations avec des mœurs sensiblement différentes de celles de la population française ou développement de pratiques médicales ou scientifiques ont été les révélateurs de son contenu. L'ordre public a donc évolué et il a entraîné la laïcité dans ce mouvement. Ce dernier phénomène n'allait pas de soi : ayant des contours juridiques stabilisés, la laïcité aurait pu en rester à l'interprétation libérale et apaisée construite au fil des décennies. Ce renouveau semble avoir été généré par l'affaire du foulard islamique. Celle-ci a fait éclater au grand jour la présence sur le territoire métropolitain de mœurs religieuses différentes, « étrangères », investissant de surcroît un lieu hautement symbolique de la République : son école. Les courants militants devaient alors se réveiller et pointer du doigt cette population qui résistait à la République, qui souhaitait rester fidèle à ses mœurs jusque dans l'enceinte de

l'école publique. C'est ainsi que partant de la volonté de garantir les valeurs de la République, le législateur a fait le choix d'étirer la notion juridique de laïcité de manière inédite aux usagers d'un service public. Ce choix est critiquable à plusieurs égards : la notion d'ordre public pouvait parfaitement, par sa flexibilité, fonder une telle restriction du port des signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse au titre du « bon fonctionnement du service public ». Le choix d'un tel fondement aurait par ailleurs évité que les aspects plus militants de la laïcité ne trouvent une expression juridique aussi directe. Six années plus tard, lorsqu'il s'est agi de prohiber le port du voile intégral dans l'espace public, le législateur a opté pour le fondement de la préservation de l'ordre public, mais en un sens le mal était fait puisque la laïcité est restée très présente en toile de fond des débats.

De manière synthétique, il est ainsi possible de constater que dans sa dimension libérale, l'ordre public contribue à circonscrire le principe de laïcité tandis que dans sa dimension républicaine il contribue à l'étendre.

465. **De la laïcité vers l'ordre public.** Étendre la laïcité vers la protection des valeurs de la République ne pouvait que réveiller et renforcer l'ambivalence latente de la notion. Le mélange des genres est tel qu'il est parfois difficile de cerner la nature exacte de la laïcité française. C'est à cette occasion qu'ont surgi des interrogations plus nombreuses. Dans un article relatif à la loi du 11 octobre 2010, Frédéric Dieu estime que « *la notion d'ordre public subit en particulier une attraction laïque au point que l'ordre public substantiel tend à*

se confondre avec la laïcité et à devenir un ordre laïc »¹⁴²³. Il y aurait en ce sens une véritable confusion des notions qui serait à l'œuvre. Marie-Odile Peyroux-Sissoko revient sur ce constat dans sa thèse sur l'ordre public immatériel¹⁴²⁴. Selon elle, la laïcité entretient des liens avec l'ordre public, notamment dans le cadre de la loi du 15 mars 2004 qui se fonde sur la laïcité pour limiter la liberté d'expression des convictions religieuses et peut ainsi se comprendre comme relevant de l'ordre public immatériel. Elle estime en revanche qu'au-delà de cet aspect, les autres dimensions de la laïcité et notamment la « Nouvelle laïcité » théorisée par Stéphanie Hennette-Vauchez et Vincent Valentin ne satisfont pas aux conditions requises pour intégrer l'ordre public immatériel¹⁴²⁵. L'auteur cite à juste titre l'ordonnance du Conseil d'État relative aux arrêtés « anti-burkini » qui semble exclure la laïcité des composantes de l'ordre public¹⁴²⁶. Ce constat ne paraît pas contestable en l'état. Il n'est pas question de dire que les exigences qui découlent de la loi de 1905 sont des exigences de l'ordre public. Les développements consacrés aux exigences de la laïcité montrent qu'elles font l'objet d'assouplissements multiples. Dans ces conditions elles ne satisfont pas à la caractéristique première de la norme d'ordre public qui est d'être impérative. Ceci ne signifie pas qu'aucune évolution n'est possible, mais elle induirait, en l'état, des mutations juridiques significatives. Quant à la dimension plus idéologique de la laïcité, elle n'a

¹⁴²³ F. DIEU, « Laïcité et espace public », *RDP*, 2013, n° 3, p. 566.

¹⁴²⁴ M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre Public Immatériel En Droit Public Français*, LGDJ, 2018, p. 337 s.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 346.

¹⁴²⁶ Conseil d'État, ord., 26 août 2016, n° 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*.

pour l'instant directement fondé que les dispositions impératives de la loi du 15 mars 2004.

466. A défaut de pouvoir être considérée comme une notion substantielle protégée par l'ordre public, la laïcité apparaît en revanche *a minima* comme une valeur qui l'inspire. Ainsi les rapports entre l'ordre public et la laïcité n'impliquent pas qu'une dynamique du premier vers la seconde, mais aussi le mouvement inverse. Pour ce faire, il faut se détacher des contours purement juridiques de la notion de laïcité et la considérer dans ses contours idéologiques voire militants. En tant que valeur, la laïcité est encore multiple. Tantôt rattachée à la pensée libérale, tantôt rattachée à des théories plus offensives à l'égard des religions, la laïcité inspire tour à tour à l'ordre public sa neutralisation, et son caractère plus hostile aux comportements inspirés par la religion. Jean Rivero soulignait que « *l'histoire et l'analyse des idéologies qui animent la vie des sociétés relèvent sans conteste de la science politique ; l'examen de la règle de droit relève de l'analyse juridique. Mais la frontière ainsi tracée comporte un no man's land : est-ce à la science politique, est-ce au droit, qu'appartient l'analyse du processus par lequel l'idéologie s'incarne dans la règle ? De l'une à l'autre, il y a un passage dont risquent de ne rendre compte, ni l'étude de l'idéologie considérée en elle-même, ni l'examen de la règle* »¹⁴²⁷. La notion d'ordre public, par sa définition, apparaît comme l'un des outils permettant de rendre compte de ce passage de l'idéologie laïque vers la règle de droit. Dans le processus d'élaboration du droit, la laïcité inspire l'ordre public de différentes manières.

¹⁴²⁷ J. RIVERO, « De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative » in A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE et a., *La laïcité*, Paris : PUF, 1960, p. 615.

Elle stimule d'abord sa neutralisation. La laïcité apparaît alors comme pouvant influencer des domaines juridiques extrêmement variés. Partout on la retrouve, invoquée de manière incantatoire pour perfectionner le détachement entre le droit et la religion, qu'il s'agisse de séculariser l'ensemble des domaines juridiques ou d'assurer que l'ordre public ne soit pas excessivement défavorable à une conviction religieuse. La laïcité inspire en somme le respect de l'égale liberté en droit de toutes les convictions. Ce mouvement reste certainement inabouti, perfectible, puisque l'ordre public persiste à émettre des interdictions clairement défavorables à certaines pratiques culturelles ou religieuses, à l'instar de la polygamie, mais c'est un mouvement ininterrompu.

La laïcité stimule également la production de normes d'ordre public plus hostiles aux religions. Dès l'origine, la police des cultes est une police spécifique, méfiante de l'importance que la religion peut revêtir au sein de la vie des individus. Les groupements servant à l'exercice du culte font ainsi l'objet d'un cadre dédié. Plus ils ont vocation à « absorber » leurs membres, plus l'encadrement est étroit. Cette rigueur est à la fois préventive et répressive : les congrégations religieuses font l'objet d'un régime assez sévère et l'arsenal répressif pour lutter contre les dérives sectaires s'est progressivement développé. Par d'autres outils, les groupements pour le culte sont incités à ne pas déborder de leur objet. Cette police s'adresse également aux individus : les pratiques religieuses radicales sont suspectes, vues d'un mauvais œil. Au pire parce qu'elles sont l'étape préalable d'actes de terrorisme, au mieux car elles sont l'expression de volontés séparatistes. En écho de toutes les luttes de pouvoir qui ont inspiré la laïcité française

jadis, elles posent de nouveau la question : « à qui l'homme obéit-il en dernier lieu ? »¹⁴²⁸.

L'ordre public est l'une des portes empruntées par la laïcité dans ses aspects idéologiques pour entrer dans l'ordre juridique. Ce n'est sans doute pas la seule, mais elle révèle quelque chose de la laïcité : sa fondamentale. Il a été souligné que l'ordre public a une fonction incidente expressive des valeurs essentielles de l'ordre juridique. En révélant que certains aspects de la laïcité inspirent ses exigences, l'ordre public révèle la place supérieure occupée par la notion dans l'ordre juridique. Certains la présentent comme un « *totem* »¹⁴²⁹, une valeur supérieure¹⁴³⁰ censée irriguer l'ensemble de l'ordre juridique¹⁴³¹. L'ordre public révèle cet aspect et lui donne une consistance juridique. Mais ce faisant, il relaie autant la laïcité dans sa dimension libérale que sa dimension plus hostile à l'égard des religions. Ainsi que le souligne Gwénaèle Calvès, une telle acception de la laïcité n'est pas dépourvue de danger : « *la rhétorique de la valeur est donc d'un maniement à haut risque, surtout lorsqu'il est question de laïcité, notion plus polysémique et polémique que jamais* »¹⁴³². C'est là tout le paradoxe des rapports entre

¹⁴²⁸ P. ROLLAND, « Le droit français et la visibilité du religieux dans l'espace public », *RFDA*, 2021, p. 511.

¹⁴²⁹ G. GUGLIELMI, « La laïcité, le totem de la République ? Une lecture approfondie de la loi de 1905 » in J. COSTA-LASCOUX, L. KAPELA, (dir.), *Colloque de Poissy 2011 : Au cœur de la laïcité : dialogue et tolérance*, acte des 10 et 11 septembre 2011, *Mare&Martin*, 2012.

¹⁴³⁰ J. MORANGE, « Le mystère de la laïcité française », *RDP*, 2013, n° 3, p. 507.

¹⁴³¹ G. KOUBI, « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDP*, 1997, n°5, p. 1311.

¹⁴³² G. CALVÈS, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, PUF, 2018.

l'ordre public et la laïcité : si l'ordre public est d'un côté un facteur d'apaisement du principe juridique de laïcité, l'interface qu'il offre de l'autre à ses aspects idéologiques, et souvent polémiques, pourrait bien remettre le feu aux poudres.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008.
- C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, 2009.
- A. AUDIBERT, A. BAYET, B.-E. BROWN, G. DEBEYRE *et al.*, *La laïcité*, PUF, 1960.
- Association Henri Capitant, *L'ordre public : journées libanaises*, LGDJ, n°49, 2001.
- J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, 5e éd., PUF, Que sais-je ?, 2010.
- J. BAUBÉROT, *Les laïcités dans le monde*, PUF, Que sais-je ?, 2010.
- J. BAUBÉROT, M. MILOT, (dir.), *Laïcités sans frontières*, Seuil, 2011.
- J. BAUBÉROT, *La laïcité falsifiée*, La Découverte, 2014.

- J. BAUBÉROT, *Les sept laïcités françaises*, Maison des sciences de l'Homme, 2015.
- J. BAUBÉROT, M. MILOT, P. PORTIER (dir.), *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis (Afrique, Amériques, Europe, Japon, Pays arabes)*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015.
- A. BAUER, R. DACHEZ, *Les 100 mots de la franc-maçonnerie*, PUF, Que sais-je ?, 2017.
- B. BEIGNIER, T. REVET, (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996.
- B. BEIGNIER, P. DEUMIER, H. FULCHIRON, V. LARRIBAU-TERNEYRE (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015.
- R. BELOT (dir.), « Tous républicains ! origine et modernité des valeurs républicaines », Colin, 2011.
- E. BERRY, D. GANTSCHNIG, L. GATTI, A. LAUBA, J.-V. MAUBLANC, D. VEILLON (dir.), *L'ordre public : Université d'été 2018*, actes du colloque qui s'est tenu à Poitiers du 2 au 6 juillet 2018, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2019.
- A. BIDAR, *Pour une pédagogie de la laïcité à l'école*, La documentation française, 2016.
- J.-R., BINET, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, 2017.
- X. BIOY, J.-P. COSTA, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2020.
- D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.
- C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2021-2022.

- F. BUISSON, *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, P. 1, T. 2, 1888.
- O. BUI-XAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, LGDJ, 2012.
- -----, *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Institut universitaire Varenne, 2018.
- G. CALVÈS, *La laïcité*, La Découverte, 2022.
- -----, *Territoires disputés de la laïcité. 44 questions (plus ou moins) épineuses*, PUF, 2018.
- J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, 9^{ème} éd., PUF, 2021.
- M. CERF, M. HORWITZ (dir.), *Dictionnaire de la laïcité*, Colin, 2011.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2022.
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., T. 1 et 2, 2001.
- G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} éd., PUF, 2022.
- J. COSTA-LASCOUX, L. KAPELA, (dir.), *Colloque de Poissy 2011 : Au cœur de la laïcité : dialogue et tolérance*, acte des 10 et 11 septembre 2011, Mare&Martin, 2012.
- CURAPP, *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994.
- M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, PUF, Que sais-je ?, 2018.
- M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 1996.
- X. DELSOL, A. GARAY, E. TAWIL, *Droit des cultes : personnes, activités, biens et structures*, Dalloz, 2005.

- G. DRADO, *Contentieux constitutionnel*, 5^{ème} éd., PUF, 2020.
- E. DREYER, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., LexisNexis, 2021.
- C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I), Cujas, 2013.
- L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4[°] éd., 1923.
- B. ESTEVE-BELLEBEAU, M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Laïcité(s) et discrimination(s)*, L'Harmattan, 2017.
- H. FLAVIER, J.-P. MOISSET, (dir.), *L'Europe des religions*, Pedone, 2013.
- C. FROIDEVAUX-METTERIE, *Politique et religion aux États-Unis*, La découverte, 2009.
- H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2015, vol. 1 et 2.
- C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005.
- F. GRABIAS, L. SEUROT, G. MARTI, (dir.), *Le fait religieux en droit public*, Presses Universitaires de Nancy, 2014.
- S. GUÉRARD DE LATOUR, M.-A. DILHAC (dir.), *Étant donné le pluralisme*, Éditions de la Sorbonne, 2013.
- G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004.
- G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, 4^{ème} éd., Montchrestien-Lextenso, 2016.
- S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYEUR, *Procédure civile*, 35^{ème} éd., Dalloz, 2020.

- G. HAARSCHER, *La laïcité*, 5^{ème} éd., Que sais-je ?, 2011.
- A. HAJJAT, *Les frontières de l'« identité nationale »*. *L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, La Découverte, 2012.
- F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 42^{ème} éd., LGDJ, 2021.
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 1900.
- M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Sirey, 1916.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2022.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. VALENTIN, *L'affaire Baby-Loup ou la Nouvelle laïcité*, LGDJ, 2014.
- J. HETZEL, A. QUANTIN (éd.), *Œuvres complètes de Victor Hugo. Actes et paroles 1*, 1882.
- T. HOBBS, *Le citoyen ou les fondements de la politique*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay à partir du livre traduit par Samuel Sorbière. Disponible en téléchargement à l'adresse suivante : http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/le_citoyen/le_citoyen.html (consulté le 23 septembre 2022)
- C. KINTZLER, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2008.
- G. KLEIN, *Dignité-liberté. Dérives sectaires et droits fondamentaux*, Connaissances et savoirs, 2016.
- D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité. La laïcité française entre droits et discours*, Bruylant, 2015.
- W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle*, La Découverte, 2001.

- J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, 18^e éd., PUF, 2020.
- J. LALOUETTE, *La Libre-pensée en France : 1848-1940*, Albin Michel, 2001.
- J. LALOUETTE, *L'État et les cultes : 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005.
- J. LALOUETTE, *Histoire de l'antichléricisme en France*, PUF, 2020.
- A. LAUBADÈRE, Y. GAUDEMET, J.-C. VENEZIA, *Traité de droit administratif*, 16^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- J. LOCKE, *Lettre sur la tolérance et autres textes*, traduction par Jean Le Clerc, Flammarion, 1992.
- M. LOMBARD, G. DUMONT, J. SIRINELLI, *Droit administratif*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2019.
- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2021.
- J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Presses universitaires de Namur, 2007
- W. MASTOR, J. BENETTI, P. ÉGÉA, X. MAGNON, *Les grands discours de la culture juridique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2020.
- B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009.
- F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 40^{ème} éd., Sirey, 2021.

- F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, I. RIASSETTO, *Droit français des religions*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013.
- X. MONTCLOS, *Histoire religieuse de la France*, 1^{ère} éd., PUF, Que sais-je?, 1988.
- J. MORANGE, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 4^{ème} éd., PUF, Que sais-je ?, 2002.
- -----, *Les libertés publiques*, 8^{ème} éd., PUF, Que sais-je ?, 2007.
- -----, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009.
- O. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2021.
- R. PARIZOT (dir.), *Pluralisme culturel et politique criminelle*, Pedone, Archives de politique criminelle, 2014, n° 36.
- H. PAULIAT (dir.), *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Pulim, 2006.
- M.-L. PAVIA, T. REVET, (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999.
- X. PERROT, *Les reliques en action : variations juridiques sur la force agissante des choses sacrées*, Pulim, 2019.
- J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, 15^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2021.
- M. PHILIP-GAY, *Droit de la laïcité*, Ellipses, 2016.
- B. PLESSIX, M. UBAUD-BERGERON, F. GRABIAS, *Droit administratif général*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2021.
- E. POULAT, *Scruter la loi de 1905, la République française et la religion*, Fayard, 2010.

- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial infractions du Code pénal*, 8^{ème} éd., Dalloz, Précis, 2018.
- J. RAWLS, *Libéralisme politique*, PUF : Quadrige, 2001.
- -----, *Théorie de la justice*, Éditions du Seuil, 2009.
- P. RAYNAUD, *La laïcité : histoire d'une singularité française*, Gallimard, 2019.
- M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Nemesis : Bruylant, 2001.
- RERDHI, *Le droit au bonheur*, Institut universitaire Varenne, 2016.
- J.-C. RICCI, *Histoire des idées politiques*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2018
- G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955.
- J. RIVERO, *Cours de Libertés publiques*, Les cours de droit, Paris V, 1975.
- -----, *Libertés publiques*, T. 1, PUF, 1978.
- J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, 9^{ème} éd., PUF, 2003.
- J. ROBERT, G. VEDEL, X. ROBERT (dir.), *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Montchrestien, 1998.
- P. ROBIQUET, (éd.), *Discours et opinions de Jules Ferry*, Armand Colin, 7 tomes publiés entre 1893 et 1898. Ont été consultés particulièrement dans ce travail les tomes 3 et 4.
- J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, GF Flammarion, 2001.

- D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, G. VEDEL, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12^{ème} éd., LGDJ, 2020.
- J.-L. SAURON, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de L'homme*, Gualino, 2014, p. 281.
- R. SCHOR, *Histoire de la société française au XXème siècle*, Belin, 2004.
- R. SÈVE (dir.), *La laïcité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 48, 2005.
- -----, *Le pluralisme*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 49, 2005.
- -----, *L'égalité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 51, 2008.
- -----, *L'ordre public*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, T. 58, 2015.
- R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF, 2022.
- E. TAWIL, *Cultes et congrégations*, Dalloz, 2019.
- F. TERRÉ, (dir.), *Droit et religion*, Sirey, Archives de philosophie du droit, T. 38, 1993.
- D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021.
- D. TRUCHET, *Le droit public*, PUF, Que sais-je ?, 2014.
- VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, actes du colloque organisé les 14 et 15 mars 2013 à la Faculté

de droit de Nancy par l'IRÉNEÉ de l'Université de Lorraine, PUF, 2014.

- P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2021.
- J. WALINE, *Droit administratif*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2014.
- P. WEIL (dir.), *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, PUF, « Hors collection », 2007.
- V. ZUBER, *La laïcité en débat : au-delà des idées reçues*, Le cavalier bleu, 2017.

THESES

- J.-F. AMEDRO, *Le juge administratif et la séparation des églises et de l'État sous la III^e République*, thèse dactylographiée, 2011.
- C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, L'Harmattan, 2011.
- P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, 1962.
- C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021.
- G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.
- E. FOREY, *État et institutions religieuses*, PUF, 2007.
- P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, 2014.
- C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit : réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, LGDJ, 2010.
- N. GUILLET, *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, LGDJ, 2003.

- P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.
- P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Matot-Braine, 1953.
- J. MESMIN D'ESTIENNE, *L'État et la mort*, LGDJ, 2016.
- N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail : contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, 2006.
- F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008.
- M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, LGDJ, 2018.
- E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984.
- S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022.
- T. RAMBAUD, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé, analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004,
- P. ROLLAND, *La liberté morale et l'ordre public*, thèse dactylographiée, Paris Panthéon-Assas, 1976.
- A. SIMON, *L'ordre public en droit privé*, Imprimeries réunies, 1941.
- P.-H. TEITGEN, *La police municipale, l'ordre public et les pouvoirs du maire*, Sirey, 1934.
- M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, 2001.

ENCYCLOPEDIAS

- F. ARCHER, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse », *J.-Cl. pénal code*, fasc. 20, 2022.

- J. FIALAIRE, « Chapitre 4 (folio n°4325) - Compétences des collectivités territoriales : cultes », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, décembre 2019.
- R. LETTERON, « Police des manifestations et rassemblements », *Répertoire de police administrative*, janvier 2021.
- V. MALABAT, « Infraction sexuelles », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, § 126.
- P. MINNE, « Les moyens d'ordre public », *J.-Cl. procédures fiscales*, 2013, fasc. 485.
- A.-G. ROBERT, « Contraventions contre les personnes (quatrième classe), diffusion de messages contraires à la décence », art. R. 624-2, *J.-Cl. pénal code*, fasc. 20, n° 13 et n° 15.

ARTICLES

- J. ALIX, « Radicalisation et droit pénal », *RSC*, 2020, p. 769.
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Étroite est la porte, resserré le chemin... », *AJDA*, 2016, p. 528.
- E. ANDRIEU, « Dieu est partout* », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 65.
- J. ARLETTAZ, « Indivisibilité de la République et droit international des minorités : de l'identité constitutionnelle à l'identité républicaine », *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 583.
- C. AUDARD, « John Rawls et les alternatives libérales à la laïcité », *Raisons politiques*, 2009/2, n° 34, p. 101.
- A. BARB, « Une laïcité ouverte aux religions ? Le modèle américain », *Études*, 2016/1, p. 19.

- P.-H. BARRÉ, « Un paradoxe français : les lois de 1901 et 1904 et les congrégations religieuses », *RFDA*, 2021, p. 254.
- B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Histoire juridique du blasphème : péché, délit, liberté d'expression ? », *RDP*, 2015, n° 2, p. 309.
- A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste », *RTD Civ.*, 2000, p. 759.
- J. BAUBÉROT, « L'affaire des foulards et la laïcité française », *L'homme et la société*, 1996, n° 120, p. 9.
- -----, « Pour une nouvelle morale laïque. Entretien », *Le Débat*, 2001, n° 4, p. 3.
- -----, M. MILOT, « La « Question des sectes ». Dérégulation institutionnelle ou singularité française ? Mise en débat », *Archives de sciences sociales des religions*, 2002, n° 118, p. 29.
- -----, « Pour une sociologie interculturelle et historique de la laïcité », *Archives de sciences sociales des religions*, 2009, n° 146, p. 183.
- -----, « La laïcité française : républicaine, indivisible, démocratique et sociale », *Cités*, 2013, n° 4, p. 11.
- -----, « Sécularisation, laïcité, laïcisation », *Empan*, 2013, n° 2, p. 31.
- -----, « Quelle laïcité, en Franc, face aux attentats terroristes ? », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2017, n° 43, p. 93.
- D. DE BÉCHILLON, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux. », *RFDA*, 2010, p. 467.

- D. DE BELLESCIZE, « Délits d'opinion et liberté d'expression », *D.*, 2006, n° 22, p. 1476.
- C. BELLON, « Aristide Briand et la séparation des églises et de l'État : du travail en commission au vote de la loi (1903-1905) », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2005, n° 87, p. 57.
- A. BERGOUNIOUX, « La laïcité, valeur de la République », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 17.
- A. BETHERY DE LA BROSSE, « Droit-Amour-Mariage. L'abandon de la transcendance naturelle », *Droits*, 2014, n° 59, p. 159.
- C. BIGOT, « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 59.
- X. BIOY, « Dans toute la mesure du possible... », *AJDA*, 2016, p. 1127.
- B. BONNET, « Repas de substitution et principe de laïcité : de l'intérêt d'un accommodement raisonnable », *AJDA*, 2019, p.117.
- J.-B. BOUET, « La « Charte de la laïcité dans les services publics » et les établissements publics de santé : une occasion manquée », *RDSS*, 2007, p. 1023.
- C. BOYER, « Laïcité et tolérance : Jean Bauberot et Marc-Antoine Dilhac », *Le Philosophoire*, 2015, n° 44, p. 111.
- C. BRICE-DELAJOUX, « Du nouveau sur le front du statut des mères voilées accompagnatrices de sorties scolaires », *AJDA*, 2015, p. 1933.
- C. BRISSEAU, « La religion du salarié », *Dr. soc.*, 2008, p. 969.

- L. BURGOGUE-LARSEN, « Les origines de l'identité constitutionnelle », *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 483.
- G. CALVÈS, « Le critère « religion ou convictions », même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 323.
- -----, « Femme voilée sur une affiche : la laïcité de la République n'est pas en danger », *AJDA*, 2022, p. 1462.
- J.-P. CAMBY, « Le principe de laïcité : l'apaisement par le droit ? », *RDP*, 2005, p. 3.
- M. CANEDO-PARIS, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA*, 2008, p. 979.
- J.-M. CARBASSE, « Sécularisation et droit pénal », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2014, n° 60, p. 13.
- G. CARCASSONE *et al.*, « Débat autour de la décision du conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *D.*, 2011, p. 1166.
- C. CASTAING, « Laïcité et liberté religieuse du patient à l'hôpital », *AJDA*, 2017, p. 2505.
- O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.*, 2011, p. 1166.
- R.-E. CHARLIER, « Les fins du droit public moderne », *RDP*, 1947, p. 126 s.
- P. CHASSIGNOLLES, « Contre la radicalisation » *in* *Terrorismes*, Pedone, Archives de politique criminelle, 2016, n° 38, p. 137.

- N. CHAUVIN, « Le port du foulard islamique par une enseignante à propos de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 février 2001, *Dahlab* », *RFDA*, 2003, p. 536.
- B. CHELINI-PONT, « Laïcités française et américaine en miroir », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2005, n°4, p. 107.
- P. CHRESTIA, « La burqa est incompatible avec la nationalité française », *AJDA*, 2008, p. 2013.
- P. CONTE, « Abus de faiblesse et sujétion psychologique », comm. sous Cass. crim., 27 oct. 2015, n° 14-82.032, *Droit pénal*, 2016, n° 1, comm. 1.
- P. CORCUFF, « Prégnance de l'essentialisme dans les discours publics autour de l'islam dans la France postcoloniale », *Confluences Méditerranée*, 2016, n° 95, p. 119.
- G. COSTA, « La laïcité à l'italienne », *Projet*, 2014, n° 5, p. 40.
- J. COUARD, « Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021 », *dr. fam.*, 2021, étude 19.
- F. CROUZATIER-DURAND, « Affaire Baby-Loup : la Cour de cassation confirme la position des premiers juges », *dr. adm.*, 2014, n° 8-9, p. 22.
- P.-J. DELAGE, « Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2015, n° 26, p. 63.
- P. DELVOLVÉ, « Les cultes », *RFDA*, 2021, p. 856.
- E. DERIEUX, « Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme », *Légicom*, n° 55, février 2015, p. 71.

- I. DESBARATS, « De la neutralité des lieux de travail : à propos de la proposition de loi visant à étendre l'obligation de neutralité à certaines personnes ou structures privées accueillant des mineurs et à assurer le respect du principe de laïcité », *RDT*, 2015, p. 309.
- P. DESLANDRES, « La politique religieuse du Directoire », *Revue d'histoire de l'Église de France*, 1922, n° 38, p. 5.
- H. DESTREM, « La part de l'ordre public dans la qualification d'association cultuelle », *Revue juridique de l'Ouest*, 2001, p. 433.
- F. DIEU, « L'école, sanctuaire laïque », *RDP*, 2009, n° 3, p. 685.
- -----, « Le principe de laïcité érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2010, n° 3, p. 749.
- -----, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCPA*, 2010, n° 48, p. 2355.
- -----, « Laïcité et espace public », *RDP*, 2013, n° 3, p. 566.
- -----, « La place de la laïcité en droit interne », *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 615.
- -----, « L'affaire Baby-Loup : quelles conséquences sur le principe de laïcité et l'obligation de neutralité religieuse ? », *JCPA*, 2014, n° 15, p. 2114.
- -----, « Quand le règlement intérieur de l'entreprise protège la liberté de conscience et de religion de ses clients », *JCPA*, 2014, n° 46, p. 29.
- -----, « Le Conseil d'État, gardien des valeurs essentielles de la société française », *Constitutions*, 2014, p. 175.

- -----, « Laïcité et enseignement aujourd'hui : les limites de la neutralité », *RFDA*, 2021, p. 246.
- X DOMINO, A BRETONNAUD, « Le sacré et le local », *AJDA*, 2011, p. 1667.
- A. DORSNER-DOLIVET, « Loi sur les sectes », *D.*, 2002, p. 1086.
- F. DUPIN, « Qu'est-ce que la laïcité ? De Catherine Kintzler », *Le Philosophoire*, 2012, n° 28, p. 196.
- X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le principe de laïcité n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. Regard d'un publiciste sur l'affaire Baby-Loup », *Cahiers sociaux*, 2013, n° 252, p. 154.
- -----, « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », *RDLF*, 2018, chron. n° 13.
- G. EVEILLARD, « Abattage rituel et police administrative », *dr. adm.*, 2013, p. 44.
- M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.
- -----, « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ*, 2007, n° 58, p. 1.
- -----, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits*, 2013, n° 58, p. 167.
- J.-P. FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *D.*, 2010, p. 387.
- N. FERRÉ, « Quand la polygamie est entrée dans la loi », *Plein droit*, 2001, n° 51.
- P. FIALA, « Les termes de la laïcité. Différenciation morphologique et conflits sémantiques », *Mots*, 1991, n° 1, p. 41.

- J.-F. FLAUSS, « Abattage rituel et liberté de religion : le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses », *RTDH*, 2001, n° 45, p. 195.
- -----, « Liberté religieuse », *AJDA*, 2001, p. 480.
- -----, « La diffamation religieuse en droit international », *LPA*, 2002, n° 146, p. 5.
- A. FORNEROD, « Religion et acquisition de la nationalité française », *RDP*, 2009, n° 3, p. 175.
- -----, « L'Islam, le juge et les valeurs de la République », *Revue du droit des religions*, 2018, n° 6, p. 43.
- J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *RSC*, 2006, p. 625.
- C. FROGER, « L'autorisation d'absence pour motif religieux dans la fonction publique », *AJFP*, 2021, p. 62.
- H. FULCHIRON, M. PHILIP-GAY, « La laïcité : un principe, des valeurs », *D.*, 2015, p. 274.
- C. DE GALEMBERT, « Forcer le droit à parler contre la burqa », *Revue française de science politique*, 2014, vol. 64, p. 647.
- P. GAST, « Le rapport Guyard et les principes d'égalité et de légalité en matière de sectes », *LPA*, 1996, n° 17, p. 13.
- Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *RDP*, 2015, n°2, p. 329.
- -----, « Liberté religieuse, laïcité, liberté d'enseignement », *RFDA*, 2021, p. 241.
- F GAUDU, « La religion dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2010, p. 65.
- V. GAZAGNE-JAMMES, « Le vivre ensemble : exigence supérieure ou droit subjectif ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 30.

- G. GENGEMBRE, « Sur les origines révolutionnaires de la laïcité », *Romantisme*, 2013, n° 162, p. 11.
- N. GÖLE, « La laïcité républicaine et l’islam public », *Pouvoirs*, 2005, n° 115, p. 73.
- A. GONZALEZ, « La liberté confessionnelle en prison », *Dr. adm.*, 2015, étude n° 11.
- G. GONZALEZ, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations culturelles ? La notion de « question de droit » dans la saisine consultative du Conseil d’État », note sous Conseil d’État, Assemblée, 24 octobre 1997 (avis), *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom, RFDA*, 1998, p. 69.
- -----, « Les témoins de Jéhovah peuvent constituer des associations culturelles », note sur CE, ass., avis, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom, RFDA*, 1998, p. 69.
- -----, « Le refus de location d’un stade à une association culturelle et la liberté de réunion », *AJDA*, 2004, p. 1597.
- -----, « Les conditions de la pratique des cultes dans les résidences universitaires », *AJDA*, 2008, p. 1279.
- -----, « Identité et/ou liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme », *RDLF*, 2019, chron. n° 23.
- Y. GOUTAL, « Principe de laïcité et domaine public ; le pape, pas la croix, jugement rendu par TA Rennes, 30 novembre 2015, n°1203099, 1204355, 1204356 », *AJCT*, 2015, p. 483.
- M.-A. GRANGER, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité ? », *RSC*, 2009, p. 273.

- M. GRIMALDI, « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.*, 2017, hors-série n° 2, p. 11.
- T. GRÜNDLER, « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Délibérée*, 2017, n° 2, p. 60.
- S. GUÉRARD, « La liberté religieuse dans les lieux publics », *CRDF*, 2005, n° 4, p. 49.
- M. GUILBAUD, « La loi de séparation de 1905 ou l'impossible rupture », *Revue d'histoire du XIX^{ème} siècle*, 2004, n° 28, p. 163.
- R. HANICOTTE, « Belphégor ou le fantôme du Palais-Royal. L'avis du Conseil d'État sur le voile intégral », *JCP A*, 2010, n° 16, p. 2142.
- -----, « Visage caché, œil policier : la dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA*, 2010, p. 417.
- -----, « Espace public, impasse des libertés », *JCP A*, 2012, n° 26, p. 2227.
- -----, « Sépulture à la carte : une liberté captive », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 355, p. 5.
- G. HAARSHER, « Le blasphémateur et le raciste », *RTDH*, 1995, n° 23, p. 417.
- F. HABOUZIT, « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *RSC*, 2017, n° 3, p. 587.
- T. HASSLER, Commentaire CA Dijon 22 mars 1988, *D.*, 1989, p. 250.
- -----, « Droit de réponse et digressions relatives aux caricatures de Mahomet », *Légipresse*, 2006, III, n° 229, p. 33.

- HÉDARY, « Les détenus Témoins de Jéhovah ont-ils droit à des aumôniers ? », *AJDA*, 2013, p. 2386.
- S. HENNION-MOREAU, « La règle du repos dominical », *Dr. soc.*, 1990, p. 434.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, « La burqa, la femme et l'État », *Raison publique*, 12 mai 2010.
- -----, « Séparation, garantie, neutralité... les multiples grammaires de la laïcité », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 53, p. 9.
- -----, « Les nouvelles frontières de la laïcité : la conquête de l'Ouest ? », *Revue du droit des religions*, 2017, n° 4, p. 19.
- -----, « Le niqab de retour à Strasbourg », *D.*, 2017, p. 1926.
- -----, « Autour de la « nouvelle laïcité » : entre droit et sciences sociales, dialogue épistémologique avec David Koussens », *Revue des droits de l'Homme*, 2018, n° 14.
- R. HERMON-BELOT, « La genèse du système des cultes reconnus : aux origines de la notion française de reconnaissance », *Archives de sciences sociales des religions*, 2005, n° 129, p. 17.
- T. HOCHMANN, « Le Christ, le père Noël et la laïcité, en France et aux États-Unis », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 53, p. 53.
- T. HOUSSET, « La crise de la laïcité et la philosophie », *Vie sociale*, 2018, n° 21, p. 55.
- L. JAUME, « La laïcité selon Jules Ferry », *Commentaire*, 2016, n° 155, p. 591.

- J. JEANNENET, « La résurgence des fermetures punitives des lieux de culte », *RFDA*, 2021, n° 3, p. 519.
- D. JEAN-PIERRE, « Le principe de laïcité des agents publics », *JCPA*, 2015, n° 43, p. 2308.
- S. JOUGLA, J.-P. JOUGLA, « L'emprise psychologique de nature sectaire dans la jurisprudence sur l'abus de faiblesse », *AJ Pénal*, 2018, p. 230.
- J. KARILA DE VAN, « Le corps et la morale », *LPA*, 1995, n° 72, p. 11.
- A. KIMMEL-ALCOVER, « Restauration scolaire et laïcité : quand la religion de l'élève s'invite à la table de la cantine », *RDSS*, 2014, p. 146.
- C. KINTZLER, « Construire philosophiquement le concept de laïcité. Quelques réflexions sur la constitution et le statut d'une théorie », *Cités*, 2012, n° 52, p. 51.
- G. KOUBI, « Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires », *La Revue Administrative*, 1987, vol. 40, n° 236, p. 133.
- -----, « La laïcité dans le texte de la Constitution », *RDP*, 1997, n°5, p. 1301.
- D. KOUSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, 2009, vol. 41, n° 2, p. 327.
- -----, « La crèche de Noël et la loi de séparation de l'Église et de l'État, Jugement rendu par le TA d'Amiens le 30 novembre 2010, n°0803521 », *AJDA*, 2011, p. 471.
- -----, « Ce que la laïcité a de nouveau ou pas », *Revue des droits de l'Homme*, 2018, n° 14.

- X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. pal.*, 2012, n° 334, p. 5.
- D. LACORNE, « La séparation de l'Église et de l'État aux Etats-Unis : Les paradoxes d'une laïcité philo-cléricale », *Le débat*, 2003, n° 5, p. 57.
- J. LALOUILLE, « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prétoires », *Mots*, 1991, vol. 27, n° 1, p. 23.
- J.-M. LARRALDE, « Le principe de laïcité. Regard de l'internationaliste », *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 639.
- P. LASCOUMES, A. DEPAIGNE, « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, 1997, vol. 27, n° 1, p. 5.
- C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un « vivre-ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, n° 92, janvier 2016, p. 75.
- P. LE CARPENTIER, « Le juge administratif, régulateur de l'expression religieuse dans la vie sociale : des sonneries de cloches aux interdits rituels », *RFDA*, 2003, p.1062.
- H. LECLERC, « Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 43.
- J.-J. LEMOULAND, D. VIGNAUD, « Droit des couples », *D.*, 2022, p. 764.
- A.-M. LE POURHIET, « Vinci et le code », *Légipresse*, 2005, III, n° 223, p. 143.
- D. LESCHI, « L'organisation du culte musulman : un regard de praticien administratif », *Revue du droit des religions*, 2018, n° 6, p. 27.
- R. LETTERON, « Droit européen et laïcité : la diversité des modèles », *AJDA*, 2017, p. 1368 s.

- A. LEVADE, « La loi du 11 octobre 2010 au prisme du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *Revue du droit des religions*, 2016, n° 2, p. 29.
- L. LEVENEUR, « Le droit des personnes », *RFDA*, 2021, p. 831.
- C. LEVEULEUX-TEIXEIRA, « Entre droit et religion : la blasphème, du péché de la langue au crime sans victime », *Revue de l'histoire des religions*, n° 4, 2011, p. 578.
- R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.*, 2012, p. 2044.
- F. LLORENS, « Justice administrative et dignité humaine », *RDP*, n° 2, 1 mars 2011, p. 299.
- D. LOCHAK, « Polygamie : ne pas se tromper de combat ! », *Plein droit*, n° 36-37, décembre 1997.
- K. LOEWENSTEIN, « Les systèmes, les idéologies, les institutions politiques et le problème de leur diffusion », *Revue française de science politique*, n°4, 1953. p. 678
- G. LOISEAU, L. PÉCAUT-RIVOLIER, G. PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 886.
- A. MACAYA, M. VERPEAUX, « Laïcité, le droit local et le constituant », *JCP G*, 2013, n° 15, p. 426.
- P. MACHEREY, « Philosophies laïques », *Mots*, 1991, n°27, p. 5.
- Y. MADIOT, « Le juge et la laïcité », *Pouvoirs*, n° 75, p. 73.
- C. MAIRE, « Gallicanisme et sécularisation au siècle des Lumières », *Droits*, 2013, n° 58, p. 133.
- P. MALAURIE, « L'homme, être juridique », *D.*, 1994, p. 97.

- P. MALAURIE, « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP G*, 2008, II, n° 38, p. 10151.
- N. MALLET-POUJOL, « 1789-1905. Du blasphème aux droits et devoirs des ministres du culte », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 7
- J.-P. MARGUENAUD, « Le droit du détenu à un régime végétarien », *RSC*, 2011, p. 221.
- -----, « 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 », *RSC*, 2014, p. 626.
- T. MASSIS, « La foi et la liberté d'expression », *Légicom*, 2015, n° 54, p. 69.
- -----, « Le droit au respect des croyances, un droit fondamental de la personnalité ? », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 53.
- C. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD Civ.*, 2018, p. 809.
- B. MATHIEU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral ». La reconnaissance implicite d'un ordre public « immatériel » », *JCP G*, 2010, n° 42, p. 1018.
- S. MAURICE, « La responsabilité pénale des ministres du culte », *JA*, 2002, n° 255, p. 34.
- V. MAZEAU, « La cravate et le voile », *RDP*, 2018, n° 3, p. 763.

- J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort », *D.*, 2005, p. 1742.
- D. MOATTI, « La laïcité ou l'histoire mouvementée d'un concept français », *Pyramides*, n°8, 2004, p. 83.
- J.-Y. MONFORT, « Liberté d'expression, loi de 1881, et respect des croyances : une cohabitation impossible ? », *Légicom*, 2015, n° 55, p. 29.
- M.-C. MONTECLER, « La crèche de Béziers jugée compatible avec la laïcité, jugement rendu pas TA Montpellier, 16 juillet 2015, n°1405625 », *AJDA*, 2015, p. 1446.
- -----, « Le repas confessionnel en prison n'est pas obligatoire », *AJDA*, 2014, p. 1524.
- J. MORANGE, « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *RFDA*, 2005, p. 153.
- -----, « Les relations États-églises en France », *Revista catalana de dret públic*, n° 33, 2006, p. 241.
- -----, « Le mystère de la laïcité française », *RDP*, 2013, n° 3, p. 507.
- -----, « Les crèches de Noël - Entre cultuel et culturel », note sous Conseil d'État, assemblée, 9 novembre 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de la Seine-et-Marne*, n° 395122 et *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223, *RFDA*, 2017, p. 127.
- -----, « Les associations », *RFDA*, 2021, p. 824.
- F. NICOUD, « Laïcité et expression religieuse (Regards sur quelques évolutions contemporaines) », *LPA*, 2013, n° 9, p. 4.

- -----, « Laïcité et service public pénitentiaire : la Cour administrative d'appel remet de l'ordre dans les prisons », *JCP A*, 2014, n° 46, p. 33.
- H. OBERDORFF, « La République française face au défi du terrorisme », *RDP*, 2015, n° 2, p. 357.
- A. ONDOUA, « Le service public à l'épreuve de la laïcité : à propos de la neutralité religieuse dans les services publics », *Dr. adm.*, 2008, n° 12, étude 22.
- G. OLEKHNOVITCH, « La notion d'assimilation au sens des dispositions du Code civil relatives à la nationalité française », *Rev. crit. DIP*, 1995, n° 4, p. 880.
- J.-M. PASTOR, « La liberté de religion n'implique pas de fournir aux détenus une alimentation conforme à leurs convictions », *AJDA*, 2015, p. 421.
- H. PAULIAT, « La réponse du Conseil d'État au Défenseur des droits : il n'existe pas de « participants au service public » », *JCP A*, 2014, n° 1, p. 2005.
- -----, « Crèches et bâtiments publics : la discorde », *JCP A*, 2015, n° 49, act. 1002.
- -----, « La commune de Ploërmel, Jean-Paul II et la neutralité des personnes publiques », *JCP A*, 2017, n° 46, p. 2277.
- -----, « Installation des crèches dans un emplacement public : des critères flous », *Revue du droit des religions*, 2017, n° 4, p. 67.
- S. PAPI, « Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluences », *Droit et société*, 2014, n° 88, p. 689.
- V. PEILLON, « Qu'est-ce que la morale laïque ? », *Cités*, 2014, n° 52, p. 95.

- H. PENA-RUIZ, « Laïcité : principes et enjeux actuels », *Cités*, 2004, vol. 18, n° 2, p. 63.
- -----, « Laïcité : l'émancipation par l'universel », *Le philosophe*, 2009, vol. 31, n° 1, p. 63
- T. PEZ, « L'ordre public économique », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 49, p. 43.
- E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 55.
- -----, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.
- J.-P. PIERRON, « Le juge, l'éthique et la laïcité. De la laïcité comme principe à la laïcité comme méthode », *Les cahiers de la Justice*, 2018, n° 3, p. 491.
- G. PIGNARRE, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? « Presque rien ou presque tout ? » », *RDC*, 2005, n° 4, p. 1290.
- J.-C. POIZAT, « Débat entre Abdennour Bidar et Catherine Kintzler sur la laïcité et la place de la religion dans l'espace public », *Le Philosophe*, 2012, n° 29, p. 235.
- P. PORTIER, « État et Églises en Europe. Vers un modèle commun de laïcité ? », *Futuribles*, 2013, n° 393, p. 89.
- -----, « Le tournant substantialiste de la laïcité française », *A religião no espaço público*, 2018, n° 52, p. 21.
- P. PONCELA, « Religion et prison, je t'aime moi non plus », *RSC*, 2015, p. 143.
- J.-Y. PRANCHÈRE, « La laïcité suppose-t-elle une théologie politique ? », *Les Études philosophiques*, 2015, n° 111, p. 531.
- P.-H. PRÉLOT, « Les religions et l'égalité en droit français », *RDP*, 2001, n° 3, p. 737.

- -----, « La liberté de l'enseignement dans la séparation des Églises et de l'État (1879-1905) », *RDP*, 2006, n°3, p. 617.
- -----, « Les signes religieux et la loi de 1905 », *Société, droit et religion*, 2012, n° 2, p. 25.
- -----, « L'université publique et la laïcité », *AJDA*, 2017, p. 1375.
- R. RÉMOND, « La laïcité et ses contraires », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 7.
- J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, p. 137.
- J. ROBERT, « La liberté religieuse », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 629.
- P. ROLLAND, « La loi du 12 juin 2001 contre les mouvements sectaires portant atteinte aux Droits de l'Homme. Anatomie d'un débat législatif », *Archives de sciences sociales des religions*, 2003, p. 149.
- -----, « Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? », *RFDA*, 2004, p. 1001.
- -----, « La critique, l'outrage et le blasphème », *D.*, 2005, n° 20, p. 1326.
- -----, « L'arrêt SAS c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit des religions*, 2016, n° 2, p. 47.
- -----, « Le droit français et la visibilité du religieux dans l'espace public », *RFDA*, 2021, p. 511.
- F. ROME, « C'est la belle nuit de Noël... », *D.*, 2010, p. 2897.
- C. ROULHAC, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative - Retour sur l'appropriation du « triple

test de proportionnalité » par le juge administratif », *RFDA*, 2018, p. 343.

- I. ROUVIÈRE-PERRIER, « Le droit de l'urbanisme : une arme contre les sectes ? », *LPA*, 1994, p. 30.
- -----, « Les associations culturelles : fondements historique et juridique », *LPA*, 1996, p. 7.
- C. SAAS, « Radicalisation : répression et « sécurisation » », *AJ Pénal*, 2018, p. 116.
- E. SAILLANT-MARAGHNI, « Les frontières de la laïcité », *AJDA*, 2017, p. 1381.
- V. SAINT-JAMES, « La dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.*, 1997, p. 61.
- J.-É. SCHOETTL, « Réflexions sur l'ordre public immatériel », *RFDA*, 2018, p. 327.
- O. SCHRAMECK, « La fin de la laïcité fiscale », *AJDA*, 1988, n° 4, p. 267.
- B. SEILLER, « La notion de police administrative », *RFDA*, 2015, p. 876.
- G. SIBERTIN-BLANC, L. BOQUI-QUENI, « La laïcité répressive », *Multitudes*, 2015, n° 59, p. 104.
- N. SILD, « L'éducation », *RFDA*, 2021, p. 845.
- S. SLAMA, « Jésus revient au Palais Royal ou quand le Conseil d'État fait obstacle à la séparation de l'État et de l'étable », *Revue des droits de l'Homme*, 2017, n° 11.
- -----, « Le droit des étrangers : réacteur ou incubateur de la loi « séparatisme » ? », *Revue du droit des religions*, 2022, n° 13, p. 153.
- J.-F. SPITZ, « Le sécularisme aux États-Unis. Réflexions sur le mur de séparation », *Droits*, 2014, n° 59, p. 103.

- V. TCHEN, « Les mystères des principes de la république en droit des étrangers », *JCP G*, 2021, n° 36, p. 891.
- M. TOUZEIL-DIVINA, « Trois sermons (contentieux) pour le jour de Noël. La crèche de la nativité symbole désacralisé : du cultuel au culturel ? », *JCP A*, 2015, n° 23, p. 2174.
- -----, « Des autorisations d'absence de service pour motif religieux », *AJCT*, 2021, p. 290.
- V. VALENTIN, « Remarques sur les mutations de la laïcité. Mythes et dérives de la « séparation » », *RDLF*, 2016, chron. n° 14.
- -----, « Laïcité et neutralité », *AJDA*, 2017, p. 1388.
- -----, « Les nouvelles configurations de l'ordre public : la neutralité, entre cosmopolitisme et républicanisme », *Philosophiques*, 2019, vol. 46, n° 1, p. 119.
- C. VALLAR, « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », *D.*, 2009, p. 345.
- C. VIARD, « La construction des lieux de culte et l'évolution du droit de l'urbanisme », *RRJ*, 2002, p. 459.
- N. VIDAL-NAQUET, « Comment se forge l'identité constitutionnelle ? Le rôle du législateur et du juge », *RGDIP*, 2014, n° 3, p. 517.
- J.-B. VILA, « Glissement conceptuel ou remise en cause des principes de laïcité et de neutralité dans l'affaire Baby Loup ? » *JCPA*, 2014, n° 15, p. 2115.
- M. WIEVIORKA, « Laïcité et démocratie », *Pouvoirs*, 1995, n° 75, p. 61.
- J.-M. WOEHRLING, « Qu'est-ce qu'un signe religieux ? », *Société, droit et religion*, 2012, n°2, p. 9.

- N. WOLFF, « Querelle de clocher du XXI^e siècle », *AJDA*, 2004, p. 778.
- J.-J. ZADIG, « La loi et la liberté de conscience », *RFDA*, 2013, p. 957.
- V. ZUBER, « La laïcité, un produit de l'histoire et un outil au service des droits humains », *Vie sociale*, 2018, n° 21, p. 45.
- -----, « La laïcité française, une exception historique, des principes partagés », *Revue du droit des religions*, 2019, p. 193.
- J. ZYLLBERBERG, « Laïcité, connais pas : Allemagne, Canada, Etats-Unis, Royaume-Uni », *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 38.

CONCLUSIONS DES RAPPORTEURS PUBLICS

- J. ARRIGHI DE CASANOVA, conclusions sur CE ass., avis, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, *RFDA*, 1998, p. 61.
- J. BOUCHER, conclusions sur CE, 16 avril 2010, n° 304176, *Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah de France*, inédites.
- F.-X. BRÉCHOT, « Les manifestations extérieures du culte », conclusions sur CAA Nantes, 8 juin 2018, n° 17NT02695, *M. Bernard Favot*, *RFDA*, 2018, p. 632.
- A. BRETONNAUD, « Repas confessionnels en prison : quelle obligation pour l'administration pénitentiaire ? », conclusions sur CE, 10 février 2016, n° 385929, inédites.
- G. CAHEN-SALVADOR, conclusions sur CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, in H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, 2015, LGDJ, p. 738.

- M. CHARDENET, conclusions sur CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, in H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, 2015, LGDJ, p. 415.
- X. DOMINO, conclusions pour l'affaire CE, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane*, inédites.
- B. FOLSCHEID, « Les conditions de reconnaissance légale d'une congrégation », conclusions sur CAA Paris, 9 juin 2006, n° 04PA01642, *AJDA*, 2006, p. 2067.
- P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lanciers de nains », conclusions sur CE ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, *RFDA*, 1995, p. 1206.
- R. KELLER, « Le port d'un bandana ou d'un turban sikh dans un établissement scolaire », conclusions sur CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal*, n° 295671, *M. Singh et autres*, n° 285394, *RFDA*, 2008, p. 529.
- G. MICHEL, conclusions sur CE, 19 mai 1933, Benjamin, in H. GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, 2015, LGDJ, p. 823.
- E. MIGNON, « Le principe de laïcité et l'enseignement religieux en Alsace-Moselle : l'arrêt du Conseil d'État du 6 avril 2001 », conclusions sur CE, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, *RDC*, 2002, n° 52, p. 373.
- E. PICHAT, conclusions sur CE., 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret, Pichon*, *Rec.*, 1911, p. 69.
- E. PRADA-BORDENAVE, conclusions sur CE, 27 juin 2008, n° 286798, inédites.

- F. SCANVIC, conclusions sur CE, 17 février 1992, n° 86954, *Église de scientologie de Paris*, inédites.
- O. SCHRAMECK, conclusions sur CE, 11 mars 1988, n° 79172, *M. Diagne*, inédites.
- R. SCHWARTZ, « L'expression des opinions religieuses des agents publics en service », conclusions sur CE, 3 mai 2000 (avis), *Mlle Marteaux* », *RFDA*, 2001, p. 146.

RAPPORTS, AVIS ET ETUDES

- A. BERGOUNIOUX, L. LOEFFEL, R. SCHWARTZ, 22 avril 2013, rapport de la mission sur l'enseignement de la morale laïque, *Pour un enseignement laïque de la morale*.
- P. BESNARD, I. DE MECQUEREM, 18 mai 2021, rapport sur la formation au principe de laïcité des agents publics.
- F. BOUDIÉ, 25 janvier 2021, n° 3797, rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République.
- A. BRIAND, 1905, rapport n° 2302, fait au nom de la commission relative à la séparation des églises et de l'État et à la dénonciation du concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des églises et de l'État.
- H. CHERIFI, juillet 2005, rapport à Monsieur le ministre de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, application de la loi du 15 mars 2004 sur le port des signes religieux ostensibles dans les établissements d'enseignement publics.
- CNCDH, 1^{er} avril 2018, avis sur la prévention de la radicalisation.

- CNCDH, 21 septembre 2000, avis portant sur la proposition de loi tendant à renforcer la prévention et la répression à l'encontre des groupements à caractère sectaire.
- CCNE, juin 2018, Rapport de synthèse.
- CE int., avis, 14 novembre 1989, n° 346040.
- CE int., avis, 27 novembre 1989, n° 346893, *Port du foulard islamique*.
- CE, *Un siècle de laïcité*, étude annuelle, EDCE, 2004.
- CE, *Le droit souple*, étude annuelle, EDCE, 2013.
- CE, 19 décembre 2013, étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013.
- CE, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, 25 mars 2010.
- CE, *La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui*, étude annuelle, Les rapports du Conseil d'État, 2018.
- CE, 3 décembre 2020, n° 401549, avis sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République.
- Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 24 mars 2011, NOR : CPLX1110094V, avis relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté.
- Cour de cassation, *L'ordre public*, rapport annuel, La documentation française, 2013.
- R. DEBRAY, février 2002, rapport à Monsieur le ministre de l'Éducation nationale, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*.
- J.-L. DEBRÉ, 1^{er} décembre 2003, rapport n° 1275, fait au nom de la commission d'enquête sur la question du port des signes religieux à l'école.

- Défenseur des droits, 18 juin 2019, rapport, Un droit à la cantine scolaire pour tous les enfants.
- J. EUSTACHE-BRINIO, 7 juillet 2020, rapport n° 595 fait au nom de la commission d'enquête, *Radicalisation islamiste : faire face et lutter ensemble*.
- G. FENECH, P. VUILQUE, 12 décembre 2006, rapport n° 3507, fait au nom de la commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs.
- J.-P. GARRAUD, 23 juin 2010, rapport n° 2648, 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
- A. GÉRIN, E. RAOULT, 26 janvier 2010, rapport n° 2262, fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national.
- A. GEST, J. GUYARD, 22 décembre 1995, rapport n° 2468, fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes.
- J. GUYARD, A. BRARD, 10 juin 1999, rapport n° 1687, fait au nom de la commission d'enquête sur la situation financière, patrimoniale et fiscale des sectes, ainsi que sur leurs activités économiques et leurs relations avec les milieux économiques et financiers.
- HCI, mars 1992, rapport sur les conditions juridiques et culturelles de l'intégration.
- HCI, janvier 2007, avis à Monsieur le Premier ministre, projet de charte de la laïcité dans les services publics.

- HCI, 28 mars 2013, avis expression religieuse et laïcité dans les établissements publics d'enseignement supérieur en France.
- A. JAHANGHIR, 8 mars 2006, rapport n° E/CN.4/2006/5/Add.4, Commission des droits de l'Homme des Nations-Unies, *Droits civils et politiques, notamment la question de l'intolérance religieuse*.
- J.-P. MACHELON, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, rapport de la commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, La documentation française, 2006.
- J. MÉZARD, 3 avril 2013, rapport n° 480, fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence des mouvements à caractère sectaire dans le domaine de la santé.
- Observatoire de la laïcité, avril 2017, rapport annuel 2016-2017.
- B. POLETTI, 23 juin 2010, n° 2646, rapport fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.
- B. STASI, Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, 11 décembre 2003, rapport au Président de la République.
- A. VIVIEN, *Les sectes en France : expression de la liberté morale ou facteur de manipulation ?*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1985.
- A. ZUCCARELLI, 9 décembre 2016, rapport fait au ministre de la Fonction publique, *Laïcité et fonction publique*.

SITOGRAPHIE

- Le site internet Legirel contient les dispositions juridiques relatives au droit des religions dans les États européens :

<https://www.legirel.cnrs.fr>

- Le site internet Eurel contient des données scientifiques interdisciplinaires relatives aux religions en Europe :

<https://www.eurel.info>

- Les archives du Haut conseil à l'intégration :

<http://archives.hci.gouv.fr>

AUTRE

- « Foulard islamique : « Profs, ne capitulons pas ! », *Nouvel Obs*, 2 novembre 1989.

- « Laurent Fabius prône l'adoption d'une charte de la laïcité », *lemonde.fr*, 11 novembre 2006.

- « Sauver la laïcité », *Libération*, 28 février 2008.

- Colloque « La neutralité » organisé à Tours les 13 et 14 novembre 2016, interventions retransmises à l'adresse suivante :

https://www.canal-u.tv/producteurs/irji/la_neutralite

- Émission « Le grand face-à-face », podcast disponible à l'adresse suivante :

<https://www.franceinter.fr/emissions/le-grand-face-a-face/le-grand-face-a-face-03-juin-2018>

- F. BAROIN, *Pour une nouvelle laïcité*, 2003, consultable à l'adresse suivante :

<https://www.voltairenet.org/rubrique506.html?lang=fr>

- F.-A. BOISSY D'ANGLAS, discours devant la Convention du 21 février 1795, disponible à l'adresse suivante :

<http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/grands-moments-d-eloquence/boissy-d-anglas-21-fevrier-1795>

- J. CASTEX, Discours à l'occasion de la présentation du projet de loi confortant les principes républicains le mercredi 9 décembre 2020 au Palais de l'Élysée.
- J. CHIRAC, « Discours au palais de l'Élysée », 17 décembre 2003, reproduit sur *LeMonde.fr* à l'adresse suivante :
https://www.lemonde.fr/societe/article_interactif/2007/05/15/les-discours-de-jacques-chirac_910136_3224_8.html
- J. FERRY, *Lettre aux instituteurs*, 27 novembre 1883, reproduite dans la revue *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 109.
- N. SARKOZY, Discours au Palais du Latran, 20 décembre 2007, *Verbatim* publié dans le journal *Le Monde*, 21 décembre 2007.
- E. MACRON, discours aux Mureaux, 2 octobre 2020.

TABLE DE JURISPRUDENCE

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., 15 juillet 1976, n° 76-67 DC, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.*
- Cons. const., 23 novembre 1977, n° 77-87 DC, *Liberté de l'enseignement.*
- Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.*
- Cons. const., 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle.*
- Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.*
- Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication.*
- Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*
- Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*

- Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*
- Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité.*
- Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.*
- Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe.*
- Cons. const., 22 octobre 2009, n° 2009-591 DC, *Loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence.*
- Cons. const. 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.*
- Cons. const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi.*
- Cons. const., 21 février 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité.*
- Cons. const., 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *Franck M. et autres.*
- Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-633 QPC, *Collectivité territoriale de la Guyane.*
- Cons. const., 4 avril 2019, n° 2019-780 DC, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.*
- Cons. const., 10 mai 2019, n° 2019-779/780 QPC, *M. Hendrik A. et autre.*
- Cons. const., 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC, *Unicef France et autres.*
- Cons. const., 24 janvier 2020, n° 2019-821 QPC, *Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes.*

- Cons. const., 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC, *M. Théo S.*
- Cons. const., 7 janvier 2021, n° 2021-936 QPC, *M. Aziz J.*
- Cons. const., 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres.*
- Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, *Loi confortant le respect des principes de la République.*
- Cons. const., 3 décembre 2021, n° 2021-951 QPC, *M. Nicolas R.*
- Cons. const., 28 janvier 2022, n° 2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres.*
- Cons. const., 25 février 2022, n° 2021-976/977 QPC, *M. Habib A. et autre.*
- Cons. const., 22 juillet 2022, n° 2022-1004, *Union des associations diocésaines de France et autres.*

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE
(ANCIENNEMENT COUR DE JUSTICE DES
COMMUNAUTES EUROPEENNES)

- CJCE, 4 décembre 1974, n° C-41/74, *Yvonne van Duyn contre Home Office.*
- CJCE, 27 octobre 1977, n° C-30/77, *Régina contre Pierre Bouchereau.*

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET
COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE
L'HOMME

- Com. EDH, 11 janvier 1961, n° 788/60, *Autriche c. Italie.*
- CEDH, 25 mars 1992, n° 13343/87, *B. c. France.*
- CEDH, 3 mai 1993, n° 16278/90, *Karaduman c. Turquie.*
- CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88, *Kokkinakis c. Grèce.*

- CEDH, 20 septembre 1994, n° 13470/87, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*.
- CEDH, 25 novembre 1996, n° 17419/90, *Wingrove c. Royaume-Uni*.
- CEDH, 28 juillet 1998, n° 15318/89, *Loizidou c. Turquie*.
- CEDH, GC, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve-Tsedek c. France*.
- CEDH, 15 février 2001, n° 42393/98, *Dahlab c. Suisse*.
- CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*.
- CEDH, 11 janv. 2005, n° 35753/03, *Phull c. France*.
- CEDH, 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande*.
- CEDH, 19 sept. 2006, n° 9907/02, *Araç c. Turquie*.
- CEDH, 4 mars 2008, n° 15585/06, *El Morsli c. France*.
- CEDH, 13 nov. 2008, n° 24479/07, *Mann Singh c. France*.
- CEDH, 30 juin 2009, n° 14308/08, *Bayrak c. France*, n° 18527/08, *Gamaleddyn c. France*, n° 25463/08, *J. Singh c. France*, n° 27561/08, *R. Singh c. France*, n° 29134/08, *Ghazal c. France*, n° 43563/08, *Aktas c. France*.
- CEDH, 23 février 2010, n° 41135/98, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*.
- CEDH, 7 décembre 2010, n° 18429/06, *Jakobski c/ Pologne*.
- CEDH, 17 déc. 2013, n° 14150/08, *Vartic c/ Roumanie*.
- CEDH, 28 octobre 2014, n° 49327/11, *Gough c. Royaume-Uni*.
- CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, *SAS c. France*.
- CEDH, 11 juillet 2017, n° 37798/13, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*.

CONSEIL D'ÉTAT

- CE, 29 mars 1901, n° 94580, *Casanova, Rec.*
- CE, 15 janvier 1909, *Commune de Gaudonville, Rec.*

- CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier, Rec.*, p. 27355.
- CE, 12 mars 1909, *Commune de Triconville, Rec.*, p. 275.
- CE, 21 janvier 1910, *Gonot, Rec.*, p. 49.
- CE, 1^{er} juillet 1910, *Ville d'Amiens, S.*, p. 145.
- CE, 13 janvier 1911, *Abbé Savarin, Rec.*, p. 17.
- CE., 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret, Pichon, Rec.*, 1911, p. 70.
- CE, 12 janvier 1912, *Commune de Montot, Rec.*, p. 42.
- CE, 11 juillet 1913, *Commune de Dury, Rec.*, p. 830.
- CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Heyriès, Rec.*
- CE, 28 février 1919, n° 61593, *Dames Dol et Laurent, Rec.*
- CE, 5 août 1921, *Abbés Constantin et autres, Rec.*, p. 820.
- CE, 24 juillet 1924, n° 75410, *Abbé Guerle, Rec.*, p. 640.
- CE, 7 novembre 1924, n° 78468, *Club indépendant sportif châlonnais, Rec.*, p. 863.
- CE, 24 décembre 1926, *Sieur Empereur, Rec.*, p. 1138.
- CE, sect., 30 mai 1930, n° 89673, *Beaugé, Rec.*, p. 582
- CE, 28 octobre 1931, *Sieur Penanguer, Rec.*, p. 910.
- CE, 19 mai 1933, n° 17413, 17520, *Sieur René Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers, Rec.*
- CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss, Rec.*, p. 379.
- CE ass., 17 juin 1938, *Dame veuve Derode, Rec.* p. 549.
- CE, 7 déc. 1938, *Sté « Castillon-Plage », Rec.*, p. 915.
- CE, 24 mai 1938, *Abbé Tournon, Rec.*, p. 462.
- CE, 21 juillet 1939, *Sieur Bordier et autres, Rec.*, p. 500.
- CE, 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis, Rec.*, p. 524.
- CE, 6 juin 1947, *Union catholique des hommes du diocèse de Versailles, Rec.*, p. 250.
- CE, 5 mars 1948, *Jeunesse indépendante chrétienne féminine, Rec.*, p. 121.
- CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau, Rec.*, p. 463.
- CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet, Rec.*, p. 247.

- CE, 18 décembre 1959, n° 36385, 36428, *Société les films Lutetia, Rec.*
- CE, 18 février 1972, n°77277, *Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne, Rec.*
- CE ass., avis, 21 septembre 1972, n°309354.
- CE, 2 mai 1973, n° 81861, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris, Rec.*
- CE, 14 mai 1982, n°31102, *Association internationale pour la conscience de Krishna, Rec.*
- CE, 21 janv. 1983, n° 32350, *Association Fraternité des serviteurs du monde nouveau, Rec.*
- CE, 6 juin 1986, n° 56497, *Association culturelle Troisième Église du Christ Z... Paris, Rec.*
- CE, 11 mars 1988, n° 79172, *M. Diagne.*
- CE, 25 novembre 1988, n°65932, *Dubois, Rec.*
- CE, 28 juillet 1989, n° 78544, *M. Kaita.*
- CE, 15 janvier 1990, n° 91404, *M. Baye Cissoko.*
- CE, 29 oct. 1990, n° 86973, *Association culturelle de l'Église apostolique arménienne de Paris, Rec.*
- CE ass., 21 décembre 1990, n° 111417, *Rec.*
- CE, 17 février 1992, n° 86954, *Église de scientologie de Paris, Rec.*
- CE, 9 octobre 1992, n° 94455, *Commune de Saint Louis c. association Siva Soupramanien de Saint-Louis, Rec.*
- CE, 13 janvier 1993, n° 115474, *Ministre du Budget c/ Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy et Ministre du Budget c/ Association Agape, Rec.*
- CE, 28 juillet 1993, n°107990, *Association « Laissez-les vivre - SOS Futures Mères », Rec.*
- CE, 25 novembre 1994, n°110002, *Rec.*
- CE ass., 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge, Rec.*

- CE ass., 27 octobre 1995, n° 143578, *Ville d'Aix-en-Provence*, *Rec.*
- CE, 27 juillet 1996, n° 170106, *Université de Lille II*, *Rec. tab.*
- CE, 9 oct. 1996, n° 159192, *Commune de Taverny c/ Société Comareg Ile-de-France*, *Rec. tab.*
- CE, 27 novembre 1996, n°170207, 170208, *Ligue islamique du nord, M. et Mme Chabou et autres*, *Rec.*
- CE, 27 novembre 1996, n° 170209, *Wissaadane*, *Rec.*
- CE, 12 février 1997, n° 125893, *Mlle Henry*, *Rec. tab.*
- CE, 18 juin 1997, n° 162517, 162518, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, Association « France-Terre d'Asile »*, *Rec. tab.*
- CE ass., avis, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*.
- CE, 12 novembre 1997, n° 169295, *Association « Communauté tibétaine en France et ses amis »*, *Rec.*
- CE, 20 octobre 1999, n° 181486, *Rec. tab.*
- CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*.
- CE, 6 avril 2001, n° 219379, 221699, 221700, *SNES*, *Rec.*
- CE, réf., 20 juill. 2001, n° 236196, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, *Rec.*
- CE, 27 juillet 2001, n°215550, 220980, *Syndicat national pénitentiaire FO-direction et autres*, *Rec.*
- CE, 27 juillet 2001, n°216903, *Fonds de défense des musulmans en justice*, *Rec.*
- CE, 26 oct. 2001, n° 198546, *Mme Senanayake*, *Rec.*
- CE, 29 juillet 2002, n° 222180, *Leroy*, *Rec.*
- CE, ord., 16 août 2002, n° 249552, *Mme Feuillatey*,
- CE, 25 octobre 2002, n° 251161, *Mme Renault*.
- CE, 15 octobre 2003, n° 244428, *M. Odent*, *Rec.*
- CE, 24 octobre 2003, n° 250084, *Mme Benchemackh*.
- CE, 19 novembre 2004, n° 265064.

- CE, 16 mars 2005, n° 265560, *Ministre de l'Outre-mer c. gouvernement de la Polynésie française, Rec.*
- CE, 7 décembre 2005, n° 264464, *Rec.*
- CE, 6 janvier 2006, n°260307, *Martinot, Rec.*
- CE, 13 novembre 2006, n° 279543.
- CE, 15 décembre 2006, n° 289946, *Rec.*
- CE, ord., 5 janvier 2007, n° 300311, *Association solidarité des Français, Rec. tab.*
- CE, 14 février 2007, n° 279704.
- CE, 5 décembre 2007, n° 285394, *M. Singh et autres, Rec.*
- CE, 21 décembre 2007, n° 297355.
- CE, 5 décembre 2007, n° 295671, *M. et Mme Ghazal, Rec.*
- CE, 13 février 2008, n° 301711.
- CE, 27 juin 2008, n° 286798, *Rec. tab.*
- CE, 9 juillet 2010, n° 327663, *Rec.*
- CE ass., 19 juillet 2011, n°308544, *Commune de Trélazé, Rec.*
- CE ass., 19 juillet 2011, n°308817, *Fédération de la libre-pensée et de l'action sociale du Rhône et Picquier, Rec.*
- CE ass., 19 juillet 2011, n°309161, *Communauté urbaine du Mans - Le Mans métropole, Rec.*
- CE ass., 19 juillet 2011, n° 313518, *Commune de Montpellier, Rec.*
- CE ass., 9 juillet 2011, n° 320796, *Mme Vayssière, Rec.*
- CE, ord., 26 août 2011, n°352106, *Commune de Saint-Gratien.*
- CE, 03 octobre 2011, n°326460, *Rec. tab.*
- CE, 04 mai 2012, n°336462, *Rec.*
- CE, 26 novembre 2012, n°344379, *Rec.*
- CE, 23 décembre 2012, n° 337899, *Association Arab women's solidarity association France.*
- CE, 15 février 2013, n° 347049, *Rec.*
- CE, 05 juillet 2013, n° 361441, *Rec.*
- CE, 16 octobre 2013, n°351115, *Rec. tab.*

- CE, 27 novembre 2013, n° 365587, *M. Aberkane, Rec.*
- CE, ord., 9 janvier 2014, n° 374508, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, Rec.*
- CE, 25 février 2015, n° 375724, *M. Stojanovic, Rec.*
- CE, 9 novembre 2015, n° 376107, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les productions de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala, Rec.*
- CE, 10 février 2016, n° 385929, *Rec.*
- CE ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et autres, Rec.*
- CE ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable, Rec.*
- CE, ord., 26 août 2016, n° 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme, Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, Rec.*
- CE, 9 novembre 2016, n° 395122, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne, Rec.*
- CE, 9 novembre 2016, n°395223, *Fédération de la Libre pensée de Vendée, Rec.*
- CE, 16 décembre 2016, n° 403738, *Rec. tab.*
- CE, 14 février 2018, n° 413982,
- CE ass., 19 juillet 2019, n° 426389, *Mme Le Pen, Rec.*
- CE, 12 février 2020, n° 418299, *Rec. tab.*
- CE, 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI, Rec.*
- CE, ord., 10 mars 2022, n° 462140.
- CE, ord., 21 juin 2022, n° 464648.

COUR DE CASSATION

- Cass. crim., 22 janv. 1965, n° 65-91.997.
- Cass. crim., 10 août 1983, n° 83-92.616.

- Cass. soc., 1^{er} mars 1973, n° 71-12.241.
- Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.829.
- Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 1990, n° 88-19.366.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, n° 89-18.708 P.
- Cass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900.
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 05-15.822, 05-16.001.
- Cass. crim., 1^{er} septembre 2010, n° 10-80584.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n° 09-67.456.
- Cass. crim., 19 septembre 2012, n° 11-85.840.
- Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, *CPAM de Seine-Saint-Denis*.
- Cass. crim., 9 avril 2014, n° 13-84.585.
- Cass. crim., 27 oct. 2015, n° 14-82.032.
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2015, n° 14-29.549.
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2018, n° 18-20.693.

COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

- CAA Nantes, 4 février 1999, n° 98NT00207, *Association civique de Joué Langueur et autres, Rec.*
- CAA Nantes, 12 avril 2001, n° 0NT01993, *Guillorel*.
- CAA Lyon, 27 novembre 2003, n° 03LY01392, *Mlle Ben Abdallah*.
- CAA Paris, 9 juin 2006, n° 04PA01642, *Rec.*
- CAA Versailles, 6 octobre 2011, n° 09VE02048.
- CAA Lyon, 22 juillet 2014, n°14LY00113, *Rec.*
- CAA Paris, 08 octobre 2015, n°15PA00814.
- CAA Nantes, 13 octobre 2015, n° 14NT03400.
- CAA Nantes, 28 déc. 2015, n° 15NT03371, *M. Gueribi*.
- CAA Marseille, 3 juillet 2017, n°17MA01337.
- CAA Nantes, 18 sept. 2017, n° 16NT00558, *M. Gherari*.
- CAA Versailles, 19 décembre 2017, n°15VE3582.
- CAA Nantes, 8 juin 2018, n° 17NT02695, *M. Bernard Favot*.

- CAA de Lyon, 23 octobre 2018, n°17LY03323, 17LY03328, *Commune de X*.
- CAA Lyon, 23 juillet 2019, n° 17LY04351.

COURS D'APPEL

- CA Colmar, 12 juill. 1973 : *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82.
- CA Douai, 28 sept. 1989, *D.*, 1991, somm. 65, p. 65
- CA Paris, 20 avr. 1990, *Gaz. Pal.*, 1990, 1, p. 309

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

- TA Grenoble, 31 décembre 1991, n° 8836688.
- TA de Grenoble, 5 juillet 1993, *Rec.*, p. 657.
- TA Orléans, 16 mars 2004, n° 0103376, *Fédération d'Indre-et-Loire de la libre pensée*.
- TA Versailles, 30 décembre 2004, n° 031682, 042119.
- TA Cergy Pontoise, 12 déc. 2008, n° 054004, *Najatt Kaddouri*.
- TA Grenoble, 17 mai 2011, n° 0901933.
- TA Amiens, 30 novembre 2011, n° 0803521.
- TA Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015, *Mme Sylvie Osman*.
- TA Nantes, 14 novembre 2014, n° 1211647, *Fédération de Vendée de la libre pensée*.
- TA Melun, 22 décembre 2014, n°1300483, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*.
- TA Amiens, 17 février 2015, n°1300269, *Fédération de la libre pensée de l'Oise*.
- TA Rennes, 30 avril 2015, n° 1203099, 1204355, 1204356.
- TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386, *Mme D.*
- TA Montpellier, 16 juillet 2015, n°1405625.
- TA Cergy-Pontoise, 30 septembre 2015, n° 1411141, *M. et Mme M...*

- TA de Grenoble du 25 mai 2022, n° 2203163

JURIDICTIONS JUDICIAIRES DE PREMIER DEGRE

- TGI de Paris, 8 novembre 1973, *D.*, 1975, p. 401.
- TGI Paris, 26 octobre 1984, *Gaz. Pal.*, 1984 p. 727.
- TGI Paris, 17e ch., 22 mars 2007, *Société des Habous et lieux saints de l'islam.*
- TGI Lyon, 24 février 2009, n° 0894249, *Licra c/ M. Siné et autres.*

INDEX THEMATIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes.

A

Abattage rituel : 144 ; 280.

Accommodement (raisonnable) : 93 ; 113 ; 224 - 226 ; 256 ; 380 - 390.

Associations

 Congréganistes : 395 - 400 ; 465.

 Cultuelles : 50 ; 51 ; 85 ; 401 - 405.

 Diocésaines : 401.

 Militantes :

Aumônerie : 47 ; 177 ; 217 ; 232 ; 278.

Autorisation d'absence : 228 ; 233 ; 383.

Autorisation préalable : 400 ; 418

B

Barbe : 204.

Blasphème : 356 - 358 ; 361.

Bon fonctionnement du service public : 378 ; 379 ; 382 ; 385 ; 386 ; 387 ; 390 ; 442 ; 454 ; 463.

Bonne mœurs : 140 ; 171 ; 303 ; 315 ; 316 ; 428 ; 453

Burkini : 171 ; 268 ; 453 - 455.

C

Casher : 144.

Charte : 177 ; 228 - 236 ; 306 ; 321 ; 382 ; 386 ; 435.

Cimetière : 143 ; 174 ; 209 ; 226 ; 313 ; 353 ; 355 ; 384 ; 427.

Circoncision : 303 ; 381.

Communautarisme : 121 ; 338 ; 416.

Conception des enfants : 295 ; 373.

Concordat : 34 ; 38 ; 39 ; 47 ; 161 ; 251 ; 356.

Conseil des sages de la laïcité : 109 ; 129.
Contrat d'engagement républicain : 231 ; 234 ; 415 ; 416.
Crèches de Noël : 213 - 215.
Crime contre l'humanité : 297.
Crucifix : 86 ; 210.
Cultes reconnus : 87 ; 152 ; 161 ; 396 ; 401.

D

Décence : 71 ; 174 ; 293 ; 313 ; 315 ; 424 ; 426 - 430 ; 443.
Déclaration préalable : 170 ; 200 ; 214.
Diffamation : 31 ; 51 ; 356 ; 358 - 360 ; 371.
Dignité de la personne : 71 ; 93 ; 123 ; 230 ; 248 ; 286 - 302 ;
309 ; 322 ; 329 ; 332 ; 334 - 337 ; 392 ; 409 ; 410 ; 415 ; 424.
Dissimulation du visage dans l'espace public : 94 ; 145 ; 171 ;
173 ; 200 ; 332 - 339 ; 424 ; 425.
Dissolution des associations : 410 ; 416 ; 417.
Droit souple : 127 ; 219 - 222 ; 227 ; 232 ; 236 ; 237 ; 382 ;
391.

E

Égalité

Emblème religieux

Enseignement

à domicile : 55 ; 322 ; 414 ; 418.

privée : 217 ; 277 ; 414 ; 418.

public : 43 ; 44 ; 131 ; 155 ; 180 ; 186 ; 189 ; 265 ; 276 ;
277.

supérieur : 106 ; 115 ; 127 ; 189.

Espace public : 94 ; 145 ; 148 ; 169 ; 171 - 173 ; 200 ; 212 ;
214 ; 215 ; 268 ; 318 ; 331 - 339 ; 416 ; 422 ; 424 - 427 ; 429 ;
442 ; 444.

Établissement pénitentiaire : 278 ; 382 ; 385 - 387 ; 390.

État civil : 35 ; 38 ; 46 ; 50 ; 67 ; 250.

Étrangers : 127 ; 305 ; 306 - 308 ; 336 ; 448.

Exception d'ordre public : 24 ; 27 ; 76.

Excision : 147 ; 303 ; 307 ; 329.

Exigences minimales de la vie en société : 145 ; 332 ; 336 ;
337 ; 342 ; 422.

F

Famille : 367 ; 370 ; 373 ; 384 ; 390.

Film : 357 ; 359 ; 425.

Franc-maçon : 47 ; 105 - 107 ; 165 ; 317 ; 457.

G

Gallicanisme : 34 ; 41.

H

Halal : 144 ; 386.

Homosexualité : 366 ; 372 ; 373 ; 378.

Hôpital : 148 ; 177 ; 204 ; 205 ; 225 ; 232 ; 278 ; 379 ; 382 ; 385 ; 389 ; 442.

I

Impérativité : 62 ; 193 - 200 ; 222 ; 238 ; 374 ; 376 ; 384 ; 463.

Inceste : 309 - 311 ; 336.

Injure : 356 ; 359 - 361.

Interruption volontaire de grossesse : 368 ; 379.

J

Jour

chômé : 223 ; 374.

férié : 383.

K

Kippa : 204.

L

Laïcité

constitutionnelle : 48 ; 84 ; 155 - 159 ; 237

ouverte : 113.

républicaine : 111 - 117 ; 399 ; 421 ; 423.

sans adjectif : 256 - 258 ; 261.

Libéralisme : 30 ; 90 ; 248 ; 262 ; 275 ; 301 ; 374.

Liberté d'aller et de venir : 359 ; 385.

Liberté de l'enseignement : 265 ; 418.

Libre pensée : 99 - 105.

M

Mariage : 35 ; 38 ; 46 ; 146 ; 250 ; 305 - 310 ; 322 ; 365 ; 372 ; 373 ; 378 ; 451.

Ministre du culte : 38 ; 51 ; 268.

Moralité : 71 ; 75 ; 196 ; 313 ; 315 ; 337 ; 423 - 426 ; 428 ; 429.

Moyen d'ordre public : 24 ; 27 ; 195.

N

Nouvelle laïcité : 121 ; 392 ; 421 ; 464.

Nullité d'ordre public : 64 ; 310.

O

Objectif à valeur constitutionnelle : 74.

P

Parents d'élèves : 106 ; 187 ; 188.

Pluralisme : 229 ; 250 ; 251 ; 253 ; 259 - 261 ; 321 ; 328 ; 338 ; 348 ; 376.

Polygamie : 305 - 307 ; 322 ; 329 ; 336.

Pompes funèbres : 268 ; 353 ; 355.

Porc : 30 ; 298 ; 385 ; 386 ; 390.

Prière : 122 ; 172 ; 278.

Prière de rue : 152 ; 170 ; 172.

Procession : 104 ; 170 ; 337.

Prosélytisme : 189 ; 204 ; 214 ; 228 ; 230 ; 232 ; 327 ; 338 ; 414 ; 416 ; 448.

Provocation à...

la haine, la violence, la discrimination : 358 - 360.

commettre des crimes et délits : 51.

R

Radicalisation : 54 ; 409 ; 420 ; 422 ; 432 - 436 ; 443 ; 446

Radicalité : 432 - 436 ; 443 ; 446 ; 448 ; 450 ; 455 ; 457.

Référent laïcité : 128.

Restauration collective : 148 ; 225 ; 385 ; 386 ; 389 ; 390.

Réunion : 51 ; 170 ; 273 ; 298 ; 419.

S

Salubrité : 71 ; 144 ; 174 ; 272 ; 280 ; 353 ; 384.

Scandale : 429 ; 437 ; 457.

Secte : 106 ; 401 ; 409 - 410 ; 436.

Sécurité : 54 ; 71 ; 122 ; 148 ; 174 ; 196 ; 199 ; 253 ; 272 ; 278 ;
327 ; 333 ; 351 ; 353 ; 424 ; 425 ; 434 ; 436 ; 442 ; 453.

Séparatisme : 55 ; 122 ; 322 ; 414 ; 422 ; 432 ; 433 ; 457.

Sexualité : 147 ; 295 ; 316 ; 365 ; 367 ; 369 ; 373.

Signes religieux par destination : 204 ; 205 ; 443.

Sonnerie de cloches : 172 ; 200 ; 273.

Soutane : 171 ; 267 ; 318 ; 335.

Sûreté : 71 ; 251 ; 252 ; 272.

T

Tranquillité : 174 ; 272 ; 273 ; 315 ; 453.

Turban sikh : 145 ; 329 ; 416 ; 443.

V

Vademecum de la laïcité : 233.

Valeurs essentielles de l'ordre juridique

Vivre ensemble : 320 ; 328 ; 334 - 336 ; 338.

Voile islamique (foulard islamique) : 119 ; 120 ; 145 ; 189 ;
236 ; 318 ; 324 ; 326 ; 329 ; 416 ; 421 ; 438 ; 441 - 443 ; 451

Voile intégral : 94 ; 123 ; 145 ; 171 ; 332 - 336 ; 338 ; 339 ;
444 ; 446 ; 449 ; 465.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	11
I. L'état des connaissances	18
II. Méthodologie de la recherche	31
PREMIERE PARTIE LA DISTINCTION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE	35
TITRE PREMIER. DES NOTIONS DIFFERENTES	39
CHAPITRE I. LA FONCTION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE	41
Section première. La fonction protectrice de l'ordre public	43
I. Les manifestations hétéroclites de l'ordre public	43
II. L'unité fonctionnelle de l'ordre public	46
A. Une fonction première protectrice	47
B. Une fonction incidente expressive	50
Section seconde. La fonction émancipatrice de la laïcité	57
I. Une fonction résultant de l'Histoire religieuse française	59
II. Une fonction exprimé par la construction juridique de la laïcité	70
A. Les lois scolaires	71
B. La loi de séparation des églises et de l'État	76
C. Les textes ultérieurs	84

CHAPITRE II. LE CONTENU DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE	89
Section première. Le contenu évanescent de l'ordre public	91
I. Un contenu partiellement identifiable	91
A. Un ordre public textuel éclaté	92
1. Les sources internes	92
2. Les sources internationales	94
B. Un ordre public virtuel inépuisable	97
1. Les autorités habilitées à déterminer le contenu de l'ordre public	98
2. Le rôle du juge dans la détermination de l'ordre public	102
II. Une identification largement inutile	106
Section seconde. Le contenu discuté de la laïcité	112
I. Des exigences juridiques relativement claires	112
A. La séparation des églises et de l'État	113
B. La neutralité	118
II. Une perception progressivement brouillée	126
A. Une perception brouillée par les discours militants	126
1. La permanence du fait militant	127
a. Les militants historiques	128
b. Les militants nouveaux	136
2. La « laïcité républicaine » des militants	140
B. Une perception brouillée par les discours officiels	145
1. Les discours politiques	145
2. Les discours institutionnels	155
CONCLUSION DU TITRE	166
TITRE SECOND. DES NOTIONS CONCURRENTES	170
CHAPITRE I. LE CHAMP D'APPLICATION DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE	172
Section première. L'ubiquité de l'ordre public	174
I. Une notion présente dans tous les ordres juridiques	174
II. Une notion pouvant régir l'ensemble des comportements humains : illustration à l'égard de la liberté religieuse	178
Section seconde. L'étendue limitée de la laïcité	194
I. Le déploiement territorial limité de la laïcité	194
A. Le déploiement de la laïcité dans le monde	194
B. Le déploiement de la laïcité en France	201

1. La laïcité constitutionnelle _____	201
2. La loi du 9 décembre 1905 _____	209
II. Le champ d'application limité des exigences de la laïcité _____	212
A. Un champ d'application originellement clairement délimité _____	213
1. L'absence de critère spatial _____	213
2. L'absence de critère personnel _____	225
3. Le choix d'un critère fonctionnel : l'action publique _____	229
B. Un champ d'application partiellement brouillé _____	233

**CHAPITRE II. LA FORCE NORMATIVE DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC
ET DE LAÏCITE _____ 240**

Section première. L'impérativité de l'ordre public _____ 242

I. Une impérativité inhérente à la notion d'ordre public _____ 242

II. Une impérativité contraignante à l'égard des exigences de la laïcité _____
_____ 247

Section seconde. La souplesse de la laïcité _____ 252

I. L'application inégalement rigoureuse des exigences de la laïcité 252

A. La mise en œuvre rigoureuse du devoir de neutralité _____ 252

B. La mise en œuvre souple des exigences résultant de la loi du 9
décembre 1905 _____ 256

1. Les exceptions au principe de non-reconnaissance _____ 256

2. Les exceptions aux principes de non-subventionnement et de non-
salarariat des cultes _____ 269

II. Le développement du droit souple en matière de laïcité _____ 275

1. Les circulaires _____ 277

2. Les chartes _____ 283

3. Les documents administratifs nouveaux _____ 291

CONCLUSION DU TITRE _____ 296

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE _____ 298

**SECONDE PARTIE. L'ATTRACTION DES NOTIONS
D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE _____ 302**

**TITRE PREMIER. LA CONVERGENCE TELEOLOGIQUE DES NOTIONS
D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE _____ 306**

CHAPITRE I. LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES	310
Section première. Un lien théorique et historique entre les notions d'ordre public et de laïcité et la garantie des droits et libertés	312
I. Un lien évident	312
II. Un lien questionné par certaines approches théoriques de la laïcité	324
Section seconde. Une portée juridique largement déterminée par la protection des droits et libertés	333
I. Le rôle de la garantie des droits et libertés dans la délimitation du champ d'application respectif des notions d'ordre public et de laïcité	333
II. Le rôle de la garantie des droits et libertés dans la délimitation de la portée des exigences des notions d'ordre public et de laïcité	341
A. Une finalité limitant la portée des exigences de l'ordre public	341
B. Une finalité limitant la portée des exigences de la laïcité	346
 CHAPITRE II. LA DEFENSE DES VALEURS DE LA REPUBLIQUE	 360
Section première. Des valeurs inégalement défendues par les notions d'ordre public et de laïcité	362
I. Des valeurs révélées et protégées par l'ordre public	362
A. La dignité de la personne humaine	363
1. Une valeur essentielle de l'ordre juridique	364
2. Une notion ambivalente	368
a. Une notion protectrice de droits objectifs	369
b. Une notion fondant la protection des droits et libertés	382
B. Le <i>modus vivendi</i>	386
1. Les exigences relatives à une « vie familiale normale »	387
2. Les exigences relatives à la décence dans l'espace public	396
II. Des valeurs connectées à la laïcité	401
Section seconde. Des notions renouvelées par la défense des valeurs de la République	411
I. L'extension inédite du champ d'application de la laïcité : la loi du 15 mars 2004	411
II. La création d'une exigence inédite de l'ordre public : la loi du 11 octobre 2010	423
 CONCLUSION DU TITRE	 441

TITRE SECOND. L'INSPIRATION RECIPROQUE DES NOTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE LAÏCITE	445
CHAPITRE I. LA LAÏCITE NEUTRALISE L'ORDRE PUBLIC	449
Section première. La sécularisation de l'ordre public	455
I. La sécularisation directe de l'ordre public	455
A. La sécularisation des missions de service public	455
B. La sécularisation dans le cadre de la protection des convictions religieuses	462
II. La sécularisation indirecte de l'ordre public	472
A. La sécularisation de l'ordre public concernant la liberté de disposer de son corps	472
B. La sécularisation de l'ordre public concernant le mode de vie	480
Section seconde. L'adaptation de l'ordre public	489
I. L'objection de conscience	491
II. Les « accommodements raisonnables »	495
CHAPITRE II. L'ORDRE PUBLIC REFLETE LA « LAÏCITE REPUBLICAINE »	515
Section première. L'encadrement de la pratique religieuse collective	519
I. Des groupements spécifiques exprimant une certaine méfiance à l'égard des cultes	520
A. Les congrégations religieuses	520
B. Les associations culturelles et para-culturelles	527
II. Des raidissements législatifs confirmant la méfiance à l'égard des cultes	535
A. La législation relative aux sectes	535
B. La loi confortant le respect des principes de la république	544
Section seconde. L'encadrement du rapport individuel à la religion	555
I. L'encadrement envisageable du rapport individuel à la religion par les exigences de moralité et de décence	557
A. La définition et les critères d'utilisation des exigences de moralité et de décence	557
B. L'application des critères d'utilisation des exigences de moralité et de décence aux comportements religieux	567
1. L'identification d'un comportement anormal : la radicalité	568
2. L'identification d'un trouble potentiel : le scandale	575
II. La sanction encore marginale des comportements religieux indécents	577

A. L'encadrement des pratiques religieuses radicales par la loi	578
B. L'encadrement des pratiques religieuses radicales par l'administration	588
CONCLUSION DU TITRE	602
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	606
CONCLUSION GENERALE	608
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>618</u>
Ouvrages	618
Thèses	627
Encyclopédies	628
Articles	629
Conclusions des rapporteurs publics	650
Rapports, avis et études	652
Sitographie	656
Autre	656
<u>TABLE DE JURISPRUDENCE</u>	<u>659</u>
Conseil constitutionnel	659
Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des communautés européennes)	661
Cour européenne des droits de l'Homme et Commission européenne des droits de l'Homme	661
Conseil d'État	662
Cour de cassation	667
Cours administratives d'appel	668
Cours d'appel	669
Tribunaux administratifs	669
Juridictions judiciaires de premier degré	670
<u>INDEX THEMATIQUE</u>	<u>671</u>

Ordre public et laïcité

Les notions d'ordre public et de laïcité font, depuis quelques décennies, l'objet de rencontres remarquées dans l'ordre juridique. De l'interdiction du port des signes religieux ostensibles par les élèves de l'enseignement public primaire et secondaire aux arrêtés interdisant le port de tenues de baignade à connotation religieuse sur des plages publiques, en passant par l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : toutes ces questions ont pour point commun d'impliquer à la fois l'ordre public et la laïcité. Les deux notions en ressortent parfois renouvelées : extension de la portée de la laïcité à des usagers du service public, enrichissement des composantes de l'ordre public... Elles semblent entretenir des relations, l'une avec l'autre, que l'on ne peut se résoudre à analyser comme étant fortuites. Une analyse de celles-ci doit permettre de comprendre en partie les mutations observées. Ainsi, la distinction des notions est maintenue à certains égards, mais révèle aussi l'insuffisance d'une approche séparée pour cerner pleinement leurs contours respectifs. Une certaine convergence des notions s'observe et permet d'apporter un éclairage nouveau à leurs définitions.

The concepts of public order and secularism have been the subject of notable encounters in the legal order for several decades. From the ban on the wearing of conspicuous religious symbols by pupils in public primary and secondary education to orders prohibiting the wearing of swimming costumes with a religious connotation on public beaches, not forgetting the ban on face-concealing garments in the public space: all these issues have in common that they involve both public order and secularism. The two concepts sometimes emerge renewed: extension of the scope of secularism to users of public services, enrichment of the components of public order, etc. They seem to have a relationship with each other that cannot be analysed as being fortuitous. An analysis of these relationships should enable to understand some of the changes observed. Thus, the distinction between the concepts is maintained in certain respects, but also reveals the insufficiency of a separate approach to fully define their respective borders. A certain convergence of the concepts can be observed and allows us to shed new light on their definitions.