

## LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES MODELES DE LA LAICITE

Dès avant l'adoption de la loi de Séparation des Eglises et de l'État, Prévost-Paradol, avec sa lucidité habituelle, écrivait : « *Il est trop probable que la séparation complète de l'église de l'État, après avoir été dédaigné comme une chimère par la plupart de nos hommes politiques, redoutée par l'Eglise, et condamnée par le pape, s'accomplira au milieu d'une tempête, à la grande surprise de ceux-là même qui auront frappé un grand coup et qui, dès le lendemain, confondu de leur propre audace, attendront comme tout le monde avec une poignante curiosité le résultat de cette obscure expérience* » (La France nouvelle, Ressources 1979, p. 254).

Jamais, plus qu'à l'époque contemporaine, l'histoire ne lui aura autant donné raison.

1. On sait comment advint en 1905 une Séparation grosse de plusieurs conceptions, allant, selon une typologie classique, de l'indifférence totale de l'État au laïcisme hostile en passant par une tolérance plus ou moins sympathisante à l'égard des religions.

Relevons d'emblée qu'aux yeux mêmes des initiateurs de la loi, la première attitude apparaissait irréaliste dans un pays où le fait religieux avait une telle importance dans la vie nationale.

C'est donc la dernière qui l'emportât et c'est bien une conception de la séparation conforme à un idéal de liberté et de tolérance qui prévalut, malgré toutes les ambiguïtés et les arrière-pensées (J-B. Trotabas, La notion de laïcité dans le droit de l'église catholique et de l'Etat républicain, LGDJ 1961, pp. 14 et 211). On peut ici rappeler qu'Albert de MUN alla serrer la main de COMBES à l'issue de l'adoption de la loi (M. Larkin, L'Eglise et l'Etat en France. 1905 : La crise de la séparation, Privat 2004).

Et puis le temps fit son œuvre : à une méfiance séculaire, succéda une tolérance réciproque, à la séparation hostile fit place au compromis, ce qui permis d'inscrire la laïcité pour la première fois dans la Constitution de 1946 et qu'elle fut comprise comme n'allant pas au-delà de la neutralité de l'Etat - c'est-à-dire, son caractère non confessionnel - et présentée par COSTE-FLORET, comme conforme à la tradition républicaine (C. Benelbaz, Le principe de laïcité en droit public français, L'Harmattan, 2011).

Mais, à l'époque contemporaine, les termes du compromis sont remis en cause, tant par les tenants d'un laïcisme hostile et, non pas tant par telle ou telle religion, que par certains de leurs adeptes, dont le rejet du principe-même de laïcité légitime d'ailleurs les premiers dans leur désignation des religions comme le terreau de l'intolérance. On prend ici conscience d'une forme d'enchaînement.

2. Quelle peut-être l'attitude du juge administratif en charge, lui, de trancher de la manière la plus concrète qui soit, des litiges, par référence à cette laïcité qui est un principe matriciel, qui se veut une condition de la paix religieuse, mais dont la densité juridique est incertaine ?

Dans ce contexte nouveau, on perçoit, depuis un certain temps, un malaise du juge administratif et plus récemment, à propos des affaires dites du « burkini » (CE, ord. Du 26 août 2016, n° 402742 et n°402777, Ligue des droits de l'homme et a. ; assoc. de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France, Droit adm. 2016, n° 59, note G. Eveillard ; AJDA 2016.2122, note P. Gervier ; Dalloz Actualité 30 août 2016, note J-M. Pastor ; D 2016.1697, note Ph. Jestaz ; JCP A 2016, act. 704, note H. Paulliat) ou des « crèches de Noël » (CE, 9 novembre 2016, n° 395122, Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne), sans doute même, une forme de clivage au sein de la Juridiction.

3. Au risque d'être sommaire, mais l'exercice y contraint, on peut esquisser cette réponse à notre question : dans une société homogène, le juge a pu historiquement jouer un rôle efficace de pacificateur des tensions religieuses **(I)**. Mais dans une société désormais diversifiée, pour ne pas dire éclatée et même conflictuelle, il lui est désormais demandé d'arbitrer sur des questions sociétales et cette demande interroge évidemment sa légitimité dans ce rôle **(II)**. La question se pose alors de savoir s'il peut assumer cette attente et quel socle juridique lui permettrait de le faire en toute légitimité **(III)**.

## **I. LE JUGE ADMINISTRATIF, PACIFICATEUR DES TENSIONS RELIGIEUSES AU SEIN D'UNE SOCIÉTÉ HOMOGENE**

On peut aller vite dans cette première partie tant la jurisprudence du Conseil d'Etat est connue et, pour ceux qui ne seraient pas familiers avec ses arcanes, ils en saisiront l'esprit et la pertinence au travers de cette formule d'un Conseiller d'Etat selon lequel, après la loi de séparation, le Conseil d'Etat a été le « *régulateur de la vie paroissiale* » (Le Bras) ou, plus proche de nous, « *régulateur de la laïcité* », selon l'expression de Marceau LONG (R. Schwartz, Un siècle de laïcité, Berger-Levrault, 2007).

Plus qu'à faire l'analyse de sa jurisprudence, il convient de mettre en lumière la méthode que le juge administratif a mise en œuvre parce qu'elle lui a permis à la fois de contribuer puissamment à l'apaisement des tensions religieuses et ensuite, par l'effet de sa propre action, de faire évoluer sa jurisprudence en prenant acte de la pacification des relations sur la question religieuse au sein de la société.

### **I.1. *Le juge administratif a été « régulateur de la vie paroissiale »***

Il l'a été en mettant en œuvre une méthode subtile combinant le respect du texte de la loi de séparation, non pas tant avec son esprit – ce qui ouvre toujours la voie à la contestation – mais avec un renvoi de la société du temps à elle-même et à sa tolérance, en lisant la loi en quelque sorte en miroir avec l'état de la société.

C'est ainsi qu'en 1909, sur la question de la manifestation de l'appartenance religieuse dans l'espace public, à propos de l'interdiction faite par le maire de Sens de « *toute manifestations religieuses et notamment celles qui ont lieu sur la voie publique à l'occasion des enterrements* » (abbé Olivier), le Conseil d'État valide les dispositions de l'arrêté interdisant « *les processions, cortèges et toutes manifestations extérieures des cultes* » mais annule les dispositions qui réglementaient les convois funèbres.

En effet, l'arrêté ne permettait au clergé de précéder le convoi qu'en voiture fermée alors qu'il relevait d'usages immémoriaux qu'il se rendit à pied à la maison mortuaire, puis prît la tête du convoi.

Et renvoyant, comme on l'a dit, la société à elle-même, le Commissaire du Gouvernement Chardenet exposait sa conviction : « *les habitants de Sens ont trop le sentiment du respect dû au défunt et de la douleur des parents pour se livrer à des manifestations sur le passage d'un convoi funèbre* ».

Un peu plus tard, en 1912, s'agissant, cette fois de la manifestation de l'appartenance religieuse dans le service public, le refus du ministre d'admettre l'abbé *Bouteyre* à prendre part au concours d'agrégation de philosophie est validé au regard de l'intérêt du service car, ainsi que cela résulte des conclusions du commissaire du gouvernement, HELBRONNER, « *en embrassant l'état ecclésiastique, un candidat à l'agrégation a manifesté, par un acte extérieur, qu'il ne serait pas apte à faire preuve, dans son enseignement, de l'impartialité et de la neutralité requises* ».

Mais, dans le même temps, la portée l'interdiction est nuancée car elle ne vaut que pour l'enseignement secondaire public. L'incompatibilité relevée ne saurait, en effet, jouer pour l'enseignement supérieur public. Comme l'exposait HELLBRONNER : « *La nature de l'enseignement donné, le caractère des personnes auxquelles il s'adresse, dispense l'État de prendre... la responsabilité des doctrines qui sont enseignées. Les auditeurs, les élèves sont ici en âge de juger... l'incompatibilité entre cet enseignement, tout aux moins certaines parties de cet enseignement, et l'état ecclésiastique n'a donc plus les mêmes raisons d'être* ».

Plus généralement, la référence aux usages et traditions, aux circonstances locales a permis au juge de renvoyer la société à elle-même et à son idéal de « tolérance » (il nous faudra revenir sur ce terme ambigu). Il juge par exemple que l'ancienneté d'une interdiction ne peut faire perdre à une procession son caractère traditionnel alors même qu'elle n'était plus célébrée depuis plusieurs dizaines d'années.

**1.2. Prenant ensuite acte de l'apaisement des tensions religieuses auquel sa jurisprudence avait contribué et de l'évolution des esprits, le juge administratif s'est autorisé à ne pas sur interpréter le principe de séparation.**

Par exemple, tout en faisant une lecture stricte de l'article 2 de la loi de Séparation qui prohibe dans le principe, toute subvention aux cultes (CE, 9 octobre 1992, n° 94455, Cne de Saint Louis), il prend acte que la loi permet la prise en charge de l'entretien et de la conservation des édifices cultuels par les personnes publiques.

Et sur ce fondement, il rend une série de cinq arrêts d'Assemblée du 19 juillet 2011 infirmant la lecture stricte de la séparation que les juridictions du fond avaient faite de la Séparation.

Il juge, non sans faire grincer les dents de la doctrine, que « *le principe constitutionnel de laïcité ne fait pas par lui-même obstacle à l'octroi de certaines aides à des activités ou des équipements dépendant des cultes* » et admet ainsi :

- La légalité de la conclusion d'un bail emphytéotique entre une commune et la Fédération cultuelle des associations musulmanes de Montreuil en vue de l'édification d'une mosquée (CE, Ass., 19 juillet 2011, n° 320796, JCP A 2011.2308, note F. Dieu). Il est vrai que le CGCT le permet explicitement ;
- L'aménagement de locaux désaffectés en vue d'obtenir l'agrément sanitaire pour un abattoir local temporaire destiné à fonctionner essentiellement pendant les trois jours

de la fête de l'Aïd-el-Kébir (CE, Ass., 19 juillet 2011, n° 309161, Communauté urbaine du Mans – Le Mans Métropole : annulation arrêt CAA) ;

- Une subvention pour le financement de travaux de construction d'un ascenseur destiné à faciliter l'accès des personnes à mobilité réduite à la basilique de Fourvière (CE, Ass., 19 juillet 2011, n° 308817, Fédération de la Libre Pensée et de l'action sociale du Rhône) ;
- La décision de construire une salle polyvalente mise à la disposition de l'association des Franco-Marocains (CE, Ass., 19 juillet 2011, n° 313518, Commune de Montpellier : annulation arrêt CAA) ;
- La délibération d'un conseil municipal décidant l'acquisition et la restauration d'un orgue pour l'installer dans une église communale (CE, 19 juillet 2011, n° 308544, Commune de Trelaze : annulation arrêt CAA).

Mais la Haute Juridiction le fait avec cette restriction qui relève de sa méthode traditionnelle : dans un but d'intérêt public local et dans le respect du principe de neutralité et d'égalité.

Pour illustrer encore l'évolution générale des esprits, peut-être peut-on rappeler qu'en 1982, dans une période où les craintes venaient du développement du phénomène sectaire, le Conseil d'Etat avait admis l'*Association Internationale pour la conscience de Krishna* au bénéfice de la liberté des cultes (CE, 14 mai 1982, n° 31102).

C'est cette belle harmonie de la jurisprudence qui a été remise en cause à l'époque contemporaine.

## **II. LE JUGE ADMINISTRATIF, ARBITRE DE QUESTIONS SOCIETALES AU SEIN D'UNE SOCIETE FRAGMENTEE**

L'équilibre que le juge administratif était parvenu à réaliser est remis en cause parce qu'il se trouve désormais face à des revendications du droit à la manifestation de l'appartenance religieuse à la fois diversifiées et, plus qu'exigeantes, intransigeantes **(II.1.)**. Il a alors été confronté à la limite des instruments traditionnels d'une régulation par le seul juge des revendications de nature religieuse **(II.2.)**.

### **II.1. Un constat**

- **Dans l'espace public**, les pouvoirs publics se sont trouvés confrontés, dans la période contemporaine et ainsi que le relève le Conseil constitutionnel, « à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles »,

Le juge constitutionnel en a fait le constat, dans sa décision de 2010 à propos de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (Conseil constitutionnel, n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*).

Le juge administratif s'y est, lui, trouvé confronté récemment à propos du port d'un vêtement de bain, mais l'avait été auparavant à propos du port du « *keshi* » des Sikhs (CE, 15 décembre 2006, n° 189946, Assoc. United Sikh ; CE, 5 décembre 2007, n° 285394).

- **Dans le service public ensuite** - écoles, prisons, piscines - dès lors que le juge administratif a admis que l'usager pouvait revendiquer le bénéfice de la liberté religieuse dans le cadre du service public (CE, avis n° 346.893 du 27 novembre 1989 ; RFDA 1990, p. 1, note J. Rivero ; GACE, p. 315, comm. O. Schrameck), ce qui a conduit à l'intervention du législateur dans le cas de l'école primaire et secondaire (loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port des signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics).
- **Le juge judiciaire**, dans son champ de compétence, s'est trouvé lui-même confronté aux nouvelles formes de la revendication sur les lieux de travail (affaire Baby Loup, v. infra).

En réalité, elles affectent tous les compartiments de la société, ce qui ne saurait surprendre s'agissant de religions qui ne font pas le départ entre le temporel et le spirituel.

La difficulté vient aussi de ce que la revendication concerne des croyances diversifiées dont les manifestations extérieures ne sont pas d'emblée compatibles, en quelque sorte naturellement, avec le fonds culturel qui inspire notre droit.

La perspective doit, au demeurant, être élargie au-delà des manifestations de l'appartenance religieuse qui n'est peut-être que l'un des avatars d'une évolution plus

vaste caractérisée par une survalorisation de l'individu dans un contexte de « *désenchantement du monde* », selon l'expression de Marcel GAUCHET (Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion, NRF 1985) ou pourrait-on dire, de « *dé-essentialisation* ».

## **II.2. Ces situations ont révélé les limites des instruments traditionnels de la régulation par le juge des revendications de la manifestation de la liberté religieuse.**

- *C'est d'abord, la notion d'ordre public qui a été interrogée.*

Quand une question de société se pose sur le terrain de la police, le cadre de l'arbitrage est tracé par la notion d'ordre public. Et on en rencontre vite la limite.

L'objet et le contenu de l'ordre public sont assignés à la protection d'un ordre public matériel. Précisons pour les personnes non familières de ces notions, qu'il s'agit de l'ordre dans la rue.

Sans doute existe-t-il un ordre public plus immatériel, un ordre public des valeurs, mais on a le sentiment que le Conseil d'Etat n'entend pas l'étendre au-delà du respect de la dignité de la personne humaine.

Dans une interview récente donnée à un quotidien national, le Vice-Président du Conseil d'Etat a redit que « *la notion d'ordre public a deux composantes. L'une, très concrète, c'est la prévention des atteintes aux personnes et aux biens. L'autre, qui touche le plus au principe recouvre la notion de dignité humaine ... mais cette idée d'ordre public enraciné dans les principes a vocation à ne s'appliquer que dans des situations univoques et extrêmement graves, ce qui était le cas de la politique l'apologie de la Shoah dans le spectacle de Dieudonné* » (Le Figaro, 5 octobre 2016).

Les propos d'Hauriou, souvent cités mais qui prennent dans le cadre de cet exposé une profondeur particulière, restent donc d'actualité : « *l'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel extérieur... La police... n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel... En d'autres termes, elle ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées* ».

Cette justification suffirait, à elle seule, à fonder le cantonnement de l'ordre public.

Mais il y en a deux autres encore.

La première c'est qu'on ne peut pas déporter la question de l'arbitrage de questions sociétales sur le seul ordre public, car cela revient à la réduire à une question de police. La réponse ne serait pas à la hauteur de l'enjeu.

La seconde, c'est qu'on ne peut, par ce biais, faire reposer la charge de la défense des valeurs de la République sur les maires des communes de France ou même sur les préfets.

On peut rappeler à cet égard ce que disait le commissaire du gouvernement Patrick FRYDMANN dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée *Commune de Morsang-sur-Orge* rendu à propos de l'interdiction du lancer de nain (CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence* (2 esp.), RFDA 1995.1215, concl. P. Frydman ; AJDA 1995.942, chron. J-H. Stahl et D. Chauvaux ; G. Glenard, La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ? RFDA 2015.869).

À la question de savoir si un maire pouvait fonder un arrêté de police sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, M. FRYDMANN répondait que si la Convention est d'application directe dans les Etats qui ont ratifié, celles-ci ne sauraient avoir pour effet de déroger aux règles de compétences résultant des textes droits internes. « *Il n'est, en effet, guère possible d'admettre qu'une autorité soit habilitée à prendre une décision dans un domaine étranger à ses pouvoirs au seul motif que cet acte viserait à mieux assurer le respect de telles ou telles des stipulations de ladite convention—ce qui ruinerait toute votre théorie de la compétence administrative et aurait d'ailleurs des conséquences pratiques absurdes* ».

Et le même ne manquait pas de relever que le cadre juridique résultant des textes actuellement en vigueur, qui conduit à faire ainsi reposer sur chacun des 36 000 maires de France la responsabilité de se prononcer sur la nécessité d'interdire des spectacles de lancer de nain, ne serait guère adapté à la nature du problème posé.

Et s'il proposait finalement de reconnaître la compétence du maire en la matière, c'est à raison de la carence du droit existant qu'il relevait, à savoir le défaut d'un régime d'autorisation du spectacle vivant.

Il n'en reste pas moins que d'éminentes personnalités, et récemment un ancien membre du Conseil constitutionnel, persistent à soutenir que, contrairement à ce qu'a jugé le Conseil d'État dans l'affaire du port du *Burkini*, les valeurs fondamentales ont à voir avec l'ordre public en France (Noëlle Lenoir, droits et valeurs fondamentales - à propos de l'ordonnance du Conseil d'État du 26 août 2016 sur le *Burkini*, JCP G, n° 36, 5 septembre 2016,910).

- **Quand la question met en jeu la question des rapports entre l'État et les religions**, c'est le principe de laïcité qui est convoqué et sa capacité à fournir un instrument efficace de régulation de la manifestation de l'appartenance religieuse qui est interrogée.

- *A cet égard, il y a eu, dès l'origine sans doute, plusieurs conceptions de la laïcité.*

Mais, ainsi qu'on l'a dit, si elles trouvaient à se confronter, c'est dans le cadre d'une société homogène et sous l'égide de tout ce que l'article 10 de la Déclaration de 1789 portait de symbole sur le plan de la tolérance au sein de la société : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ».

Les tenants des diverses religions pouvaient ainsi s'entendre sur le mode suivant : « *je ne respecterai jamais ce en quoi tu crois mais je respecte ton droit de croire* ». Et dans le dialogue croyant/incroyant : « *je respecte ton droit de croire, comme tu dois respecter mon droit de ne pas croire* ».

Ainsi, l'opposition entre les deux modèles laïcité pouvait même être vécue comme positive car quelle qu'ait été l'ampleur du désaccord sur les principes, on avait la capacité de transiger, mais peut-être cela n'était-il possible que dans une société dans laquelle les hommes avaient conscience de ce qui les faisait se ressembler au-delà de leurs différences.

Aujourd'hui, la laïcité n'est plus reconnue et acceptée comme principe univoque par une frange de la population si bien qu'on ne peut plus tant parler de la Laïcité au singulier mais d'acceptions diverses et opposées de cette idée, donc de laïcités au pluriel, c'est-à-dire des représentations divergentes du principe, portées par des individus et/ou des groupes qui s'affrontent dans l'espace public.

Ces divergences se développent parce que le fond historique et culturel qui sous-tendait le principe de laïcité n'est plus une référence valide pour de nouvelles formes de la revendication.

Ces divergences seraient cependant surmontables si elles n'intervenaient pas dans un contexte d'intransigeance car ceux qui désormais revendiquent la liberté religieuse veulent signifier par là leur différence radicale et leur étrangeté à l'Autre (TA Nice, ordonnance n° 1603508 et 1603523, du 22 août 2016, cons. 15 qui relève que le port du *burkini* peut être perçu comme étant l'expression d'une revendication identitaire). Dans un tel contexte, la transaction ne semble plus envisageable parce la distinction entre le for interne et la manifestation extérieure de l'appartenance religieuse et plus généralement, la séparation entre le temporel et le spirituel ne sont plus des conceptions partagées.

Le texte de la loi de séparation ne peut plus ainsi être lu en faisant appel à un idéal d'acceptation de l'Autre, parce qu'il n'y a plus de socle commun.

- *Une forme de piège s'est ainsi refermée sur le juge administratif.*

En se défaussant sur lui en 1989 dans l'affaire du *voile islamique*, alors que la circulaire Jean ZAY pourvoyait à la réponse posée par lui, le Gouvernement l'a placé au centre de la question sociétale, sous la forme d'un avis du Conseil d'Etat CE, avis n° 346.893 du 27 novembre 1989, préc.).

Et cette situation s'est trouvée aggravée par le fait qu'il dispose désormais du référé-liberté et que les médias ont envahi ses prétoires. Lui, qui n'aime rien tant qu'une discrétion propice à la sérénité, se serait probablement bien passé du titre d'un grand quotidien : « *Le Conseil d'Etat valide le burkini en France* » (B. Plessix, Droit administratif et médias, Droit adm. août 2016, Repère 8).

Le juge ne peut cependant donner le sentiment de se défausser parce qu'ainsi placé, c'est vers lui, dernière autorité légitime que convergent les regards. Et il vit sans doute mal le propos d'un professeur émérite d'histoire du droit de l'université de Paris Panthéon-

Assas reproduit dans le Figaro du 29 août sous le titre : « *Burkini au Conseil d'Etat : « le peuple est trahi par ceux qui rendent la justice en son nom »* » (Le Figaro, 29 août 2016).

Donc le juge administratif ne pourra – et ne voudra – pas se défausser. Mais si l'Etat veut lui faire jouer un rôle actif dans l'arbitrage des questions de société, il lui faut lui conférer la légitimité qu'il requiert.

Et pour un juge, la question de sa légitimité à juger se résume assez largement à la question du socle légal sur lequel il peut fonder ses décisions

*La situation actuelle appelle ainsi et inéluctablement un renouvellement de la base légale de l'arbitrage sur les questions de société.*

### **III. LA QUESTION DE LA BASE LEGALE DE L'ARBITRAGE DU JUGE SUR LES QUESTIONS DE SOCIETE**

***Faisons d'abord un constat (III.1) avant de poser la question de ce que pourrait être la (re)formulation d'une base légale de l'intervention du juge (III.2).***

***III.1. Faisons d'abord le constat du malaise du juge administration dans la recherche d'une base légale pour répondre aux questions sociétales qui lui sont posées***

- ***Quand le contentieux se noue sur le terrain de l'ordre public, on voit le juge convoquer des sources susceptibles d'en élargir le contenu***
  - D'abord, dans l'affaire du « *lancer de nain* », on l'a vu le juge en appeler aux valeurs universelles (CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, préc.).

A bien lire les conclusions du Commissaire du Gouvernement, on le voit recenser exhaustivement les sources nationales et les instruments internationaux garantissant le respect de la dignité de la personne humaine, procédant ainsi à une sorte de *benchmarking* au niveau européen et international.

De même, dans l'affaire du « *burkini* », le tribunal administratif de Nice fait largement référence à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui énonce un « *principe de coexistence des religions* » (TA Nice, 22 août 2016, n° 1603508, 1603523).

- Dans l'affaire *Dieudonné*, on voit le juge se fonder sur le droit pénal et les valeurs qu'il porte et sanctionne : l'ordonnance fait ainsi référence à des propos de caractère antisémite, qui incitent à la haine raciale, et font, en méconnaissance de la dignité de la personne humaine, l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la Seconde Guerre mondiale, tous propos pénalement répréhensibles, outre le fait que Dieudonné avait fait l'objet de neuf condamnations pénales (CE, ord. 9 janvier 2014, n° 374508, *Min. de l'Intérieur c/ Soc. Les Productions de la Plume, et M. Dieudonné Mbala Mbala*, Lebon ; et dans le même sens, deux ordonnances du CE, 10 et 11 janvier 2014, n° 374528 et 374552, Rec. ; Droit adm. 2014, n° 33, note G. Eveillard ; AJDA 2014.866 , chron. ; RFDA 2014.87, note O. Gohin ; B. Seiller, La censure a toujours tort, AJDA 3/2014, Tribune, p. 129. C. Broyelle, Retour sur l'affaire Dieudonné, AJDA 9/2014, Tribune, p. 473 ; J-B. Auby, Benjamin et Dieudonné, Droit adm. 2014, Repère 2 ; C. Broyelle, Retour sur Dieudonné, RFDA 2014.521. Sur la légalité de la circulaire du Ministre de l'Intérieur, CE 9 novembre 2015, n° 376107, Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne, Rec. Lebon ; JCP A 2016, n° 2065, note H. Paulliat ; P. Bon, le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné, RFDA 2016.791).
- Dans l'affaire *Dieudonné* encore, le Conseil d'Etat invoque des atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine, à laquelle pourtant le Conseil constitutionnel a refusé de faire référence pour fonder de nouveaux principes constitutionnels (Conseil constitutionnel, décision n° 2008-563 DC, 21 février 2008, Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général, AJDA 2008, p. 634 et la note ; N. Merley, La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, RFDA 2005, p. 621).

Et dans l'affaire du « *burkini* », le tribunal administratif de Nice se fonde sur la Constitution – le caractère laïc de la République - et la jurisprudence constitutionnelle.

- On a même vu le Conseil d'Etat considérer que les propos d'un individu (toujours dans l'affaire *Dieudonné*) pourraient être de nature à mettre en cause la cohésion nationale.

Aussi légitime soit-elle, la référence à ces sources, de manière un peu foisonnante et désordonnée, illustre une forme de malaise du juge, contraint de trouver une base légale à l'intervention de l'autorité de police et à ses propres décisions.

- ***Quand la question se pose sur le terrain des rapports entre les religions et l'État, la fragilité des bases juridiques est encore plus évidente***

Ainsi, à la question de savoir si le port du « *burkini* » ne pourrait pas être considéré comme une atteinte au principe d'égalité homme – femme ou à la dignité de la personne humaine, le Vice-Président J-M. Sauvé, lui-même, reconnaît que déduire du port d'un maillot de bain une violation du premier de ces principes « *serait s'engager sur un terrain juridiquement fragile* » (interview précitée).

Pour y pallier, le principe de laïcité est, son tour, convoqué. Mais l'instrument est d'un maniement délicat, pour les raisons que l'on a exposées (J. Morange, *Le mystère de la laïcité*, RDP 2013.530).

Aussi bien, le débat est-il fréquemment et sciemment déplacé sur le terrain du principe de neutralité qui résulte de la laïcité de l'Etat, probablement parce qu'il présente l'avantage d'avoir une légitimité qui lui vient de son caractère de corollaire du principe d'égalité (v. cependant note F. Llorens sur CE, 8 novembre 1985, *Min. de l'Education nationale c/ Rudent*, RDP 1986.250 : « *tantôt dissous dans le principe très général d'égalité, tantôt abusivement réduit à celui plus étroit de laïcité, de tous les principes qui régissent le service public, celui de neutralité est le plus mal connu, parce qu'il le plus difficile à cerner* »).

- *Mais la référence est on ne peut plus ambiguë car l'invocation du principe s'accompagne d'une revendication qui vise à l'extension de son périmètre bien au-delà des services publics dont il est un caractère incontestable* (CE, avis du 3 mai 2000, n° 217017, *Marteaux, Lebon.169* ; RFDA2001.146, concl. R. Schwartz ; AJDA 2000.602, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D 2000.747, note G. Koubi : 1°) *Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'Etat et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ; 2°) 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).*

On l'a vu ainsi invoquer dans les services publics pour l'appliquer aux parents accompagnateurs dans les sorties extra-scolaires (TA Montreuil, 22 novembre 2011, Mme Osman, JCP A 2011, n° 2384, concl. V. Restino ; AJDA 2012, p. 163 et la note ; Droit adm. 2012, n° 16, note A. Taillefait, ainsi que D. Vergely, Sorties scolaires : la question du voile, AJDA 2012, p. 1388 ; TA Nice, 9 juin 2015, n° 13-05386, AJDA 2015, p. 1125 et 1933, note C. Brice-Delajoux ; JCP A 2015, n° 2236, concl. J.M. Laso ; v. aussi, L. Bonvallet, J'ai rencontré trois objets juridiques non identifiés : l'appelé en JDC, le participant du service public et la laïcité, JCP A 2016, n° 2273).

Il en a d'ailleurs été de même dans l'entreprise privée.

On se rappelle que le Cour d'appel de Versailles avait jugé dans un arrêt du 27 octobre 2011 que l'association Baby-loup pouvait « *légitimement s'opposer à ce que Mme X porte le voile dans l'exercice de ses fonctions* » et prononcer son licenciement, sans que cela « *ne porte atteinte aux libertés fondamentales* », ni ne soit lié « *aux convictions religieuses de la salarié* », au motif que conformément aux statuts de l'association « *la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier qu'elle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse ; que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse* » et que le règlement intérieur définissait le principe selon lequel « *dans l'exercice de son travail, le personnel devait respecter et garder la neutralité d'opinion politique et confessionnelle en regard du public accueilli* ».

La Cour d'appel en tira la conclusion que « *les restrictions ainsi prévues apparaissent dès lors justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail* ».

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation infirma cette solution au motif que :

*« Le principe de laïcité instauré par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ; qu'il ne peut dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail ; qu'il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à*

*une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ; [...]*

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le règlement intérieur de l'association Baby Loup prévoit que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », ce dont il se déduisait que la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés » (Cass. Soc, 19 mars 2013, n° 11-28.845)*

La Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi, n'a pas suivi la position de la chambre sociale et jugea que l'obligation de neutralité mentionnée dans les statuts de l'association « *est suffisamment précise pour qu'elle soit entendue comme étant d'application limitée aux activités d'éveil et d'accompagnement des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels ; qu'elle n'a donc pas la portée d'une interdiction générale puisqu'elle exclut les activités sans contact avec les enfants, notamment celles destinées à l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier qui se déroulent hors la présence des enfants confiés à la crèche. [...] / Que les restrictions ainsi prévues sont, pour les raisons ci-dessus exposées, justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L.1121-1 et L.1321-3 du code du travail ; qu'au vu de l'ensemble des considérations développées, elles ne portent pas atteinte aux libertés fondamentales, dont la liberté religieuse, et ne présentent pas un caractère discriminatoire au sens de l'article L.1132-1 du code du travail ; qu'elles répondent aussi dans le cas particulier à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants, même si cette exigence ne résulte pas de la loi* ».

C'est la solution que la Cour de cassation, statuant en Assemblée plénière, a confirmé :

*« Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ;*

*Attendu qu'ayant relevé que le règlement intérieur de l'association Baby-Loup, tel qu'amendé en 2003, disposait que « le principe de la liberté de conscience et de*

*religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », la cour d'appel a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ;*

*Et attendu que sont erronés, mais surabondants, les motifs de l'arrêt qualifiant l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de ses statuts, « de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique et confessionnelle » (Cour Cass., Assemblée Plénière 26 juin 2014, req. n° 13-28.369).*

- *Il ne faut cependant pas se cacher le but que poursuit le glissement du principe de neutralité.*

En effet, il va jusqu'à induire qu'au-delà de la non confessionnalité de l'Etat, la laïcité impliquerait sa neutralité absolue afin d'éviter toute suspicion de partialité envers quelque religion que ce soit (à la manière dont la Cour européenne des droits de l'Homme conçoit l'impartialité du juge).

Dans une telle conception, l'Etat devrait être à la fois impavide et muet face au fait religieux.

Elle était déjà dans l'esprit de ceux qui, au moment de la discussion de la loi de séparation, voulait « *la laïcisation intégrale* ».

Et, comme le dit Jean BAUBEROT, leurs héritiers invoquent aujourd'hui la loi de 1905, mais leur perspective, ce sont les amendements refusés à l'époque (Histoire de la laïcité française, PUF 2000).

Mais plus encore : au-delà de la neutralité absolue de l'Etat, le projet est la neutralisation absolue de l'espace public, comme si ceux qui ont le sentiment de n'avoir rien à montrer voulaient priver ceux qui sont en mesure de le faire d'afficher leur identité (F. Dieu, laïcité et espace public, RDP 2013. 566).

Une telle conception nous semble peu conforme aux conceptions d'une société démocratique et libérale car elle revient à appréhender la question des libertés, et plus spécifiquement de la manifestation des convictions religieuses, non pas dans la dialectique de la matrice libérale : principe de la liberté/limite de la liberté, sous-tendue par l'adage : « *la liberté est la règle, la restriction l'exception* », mais sous la norme de la neutralité.

Or réduire la laïcité à la neutralité de l'État, c'est évidemment vouloir le réduire à l'impuissance, le museler, le neutraliser au sens où l'on neutralise un ennemi.

Et vouloir la neutralisation de l'espace public, c'est compromettre l'essence de la liberté des personnes en neutralisant leur expression.

### **III.2. La question de la formulation d'un socle juridique pour l'intervention du juge**

Lorsque sur le terrain de l'ordre public, le juge est sommé de faire référence à la « *morale sociale* » - en réalité la morale sociale dominante - celui-ci lui répond, par la voix du Vice-Président du Conseil d'Etat, à juste titre selon nous, qu'il ne lui appartient pas de faire prévaloir une morale déterminée et d'édicter des normes sur son fondement.

Et, à propos du « *burkini* », il relève : « *regardez les tableaux d'Eugène Boudin sur les plages de Normandie au XIXème siècle : ils rappellent que les normes en la matière sont très évolutives* ».

Et cette même autorité rappelait que si le juge n'est pas « hors du monde », il doit de se garder d'épouser les emballements de la société : « *Ce n'est pas un sismographe* ».

Il est alors fait appel à l'intervention du législateur au nom de l'urgence qu'il y aurait à « *formuler* » les éléments de cette morale sociale adossée aux valeurs de la République.

Mais force est de constater que pour le moment, cette urgence prend la forme soit de mesures largement vides de sens, comme la Charte de la laïcité ; soit de gestes qui se voudraient des symboles, comme le choix du 9 décembre comme journée de célébration de la Laïcité, toutes interventions dérisoires au regard de l'enjeu.

En dehors de l'opportunité d'une nouvelle déclaration de principes, il importe donc de donner une base légale incontestable à l'intervention du juge.

Cette base légale doit être fondée sur l'idée que la laïcité est un principe matriciel, par lequel la République exprime un projet de société dont la laïcité est la condition et qui est de permettre à l'Être humain de s'élever à sa dignité, en même temps qu'il est producteur de fraternité.

- ***Cette base légale, c'est en premier lieu, la Constitution dont il faut lire l'article 1<sup>er</sup> dans son unité :***

*« La France est une République laïque ... 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 ».*

- *Il en résulte que la laïcité est un principe qui porte deux normes juridiques qui découlent du caractère non confessionnel de l'Etat.*

C'est cette disposition constitutionnelle, en tant évidemment qu'elle est supérieure à la loi, qui doit donner la grille de lecture de la loi de séparation dont on rappellera que le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à y voir le support d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Le principe de laïcité se trouve ainsi libéré de la tutelle ambiguë de la loi de 1905 et de la double lecture qui en a été faite.

C'est ce qui permet au Conseil constitutionnel de juger, au visa de l'article 10 de la Déclaration de 1789 et des trois premières phrases du premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de

la Constitution de 1958 que le Constituant n'a pas entendu, en proclamant que la France est une république laïque, remettre en cause le concordat dans les trois départements de l'Est de la France (Conseil constitutionnel, décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité - traitement des pasteurs des églises consistes dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle).

On ne saurait mieux dire que le principe de laïcité est pleinement satisfait par une relation institutionnelle entre l'Etat et les églises.

- *On peut lire la loi de séparation sous un prisme autre que celui d'une souveraine indifférence de l'Etat à l'égard des religions.*

En effet, le caractère non confessionnel de l'Etat n'implique pas sa neutralisation.

L'espace juridique est ainsi ouvert pour lire la loi de séparation à la lumière ... des Lumières et donner à la notion de « *respect* » tout son sens et sa portée,

En ce sens, la Cour EDH a jugé que pour elle, le verbe « *respecter* » signifie plus que reconnaître ou prendre en considération ; en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'État une certaine obligation positive (Cour EDH, arrêt du 25 février 1982, *Campbell et Cosans c/ Royaume Uni*, requête n° 75 11/76 et 77 43/76, § 37).

Dans cet esprit, même si la loi de séparation interdit d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, on ne voit pas en quoi l'apposition d'un emblème dont il est admis qu'il a une signification religieuse mais présente également un caractère culturel, artistique ou festif, pourrait être considéré comme une atteinte à l'obligation de respecter toutes les croyances (CE, Ass., 9 novembre 2016, n° 395122, Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne ; v. aussi, CAA Paris, 8 octobre 2015, n° 15PA00814, Fédération départementale des libres penseurs de Seine et Marne, AJDA 2015, p. 2390, note A. Dieuleveult ; CAA Nantes, 13 octobre 2015, n° 14NT03400, Fédération de la libre pensée de Vendée, *ibid*) - H. Pauliat, Crèches et bâtiments publics : la discorde, JCP A 2015, act. 1002 ; M. Touzeil-Divina, Trois sermons (contentieux) pour le jour de Noël, JCP A 2015, n° 2174, note sur trois jugements de TA ; AME, Vade-mecum 2015, JCP A 2015, act. 1000 : estimant que la présence des crèches de Noël dans l'enceinte des mairies n'est pas compatible avec le principe de laïcité).

On peut ainsi préférer un raisonnement juridiquement fondé et donnant toute sa portée à la norme selon laquelle la République respecte toutes les croyances au caractère quelque peu alambiqué de l'arrêt du Conseil d'Etat.

La jurisprudence de la Cour EDH va d'ailleurs au soutien de ce raisonnement.

Dans l'affaire du crucifix en Italie, le gouvernement italien avait soutenu devant la Grande chambre *« que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, qui est le fruit de l'évolution historique de l'Italie, ce qui lui donne une connotation non seulement culturelle mais aussi identitaire, correspond aujourd'hui à une tradition qu'il juge important de perpétuer. Il ajoute qu'au-delà de sa signification religieuse, le crucifix symbolise les principes et valeurs qui fondent la démocratie et la civilisation occidentale, sa présence dans les salles de classe étant justifiable à ce titre »* (§ 67).

Et la Cour lui en a donné acte en jugeant que *« la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur et que la cour se doit d'ailleurs de prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les États qui la composent, notamment sur les plans de l'évolution culturelle historique »* (§68).

Ce qui n'a pas empêché la Cour de marquer une limite dans la circonstance que les choix de l'Etat ne doivent pas conduire à un endoctrinement (§69).

Sur ce point, elle juge qu'il est vrai qu'en prescrivant la présence du crucifix dans les salles de classes des écoles publiques - lequel, qu'on lui reconnaisse ou non en sus une valeur symbolique laïque, renvoie indubitablement au christianisme - la réglementation donne à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire. Mais, dit-elle, cela ne suffit toutefois pas en soi pour caractériser une démarche d'endoctrinement de la part de l'État défendeur (§71 et la jurisprudence citée de la Cour). Elle ajoute que le crucifix apposé sur un mur est un symbole essentiellement passif, et cet aspect a de l'importance aux yeux de la cour, eu égard en particulier au principe de neutralité. On ne saurait notamment lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses (§ 72) (Cour EDH, 18 mars 2011, Lautsi et autres, requête n° 30814/06 ; C. Benalbaz, Le crucifix dans les écoles : évolutions de la jurisprudence européenne, Droit adm. 2011, comm. n° 60 ; F. Dieu, L'autorisation des crucifix dans les écoles italiennes : le droit reconnu à l'Etat de manifester son héritage religieux, JCP A 2001.2251).

Bref, l'arrêt de la Cour mérite d'être lu et relu car il illustre qu'il serait tout-à-fait fondé juridiquement que la lecture de la loi de séparation s'inscrive dans le cadre général d'une « *obligation positive* », selon son expression, de respect des croyances religieuses.

- ***Il serait cependant paradoxal que le respect de toutes les croyances soit affirmé comme constituant une obligation positive de l'Etat, sans qu'il soit dans le même mouvement rappelé qu'il est un devoir pour chaque Etre humain.***
  - *On évoquera à ce titre un autre élément de la base légale dont il est question, en relevant un principe qui est le grand absent du débat, à savoir le respect de l'Autre.*

Il s'agit là d'une dimension du débat largement occultée peut-être parce qu'historiquement le régime de la liberté de conscience et de religion s'est établi principalement pour être opposable à l'Etat et non dans un rapport entre les individus entre eux (P. Soler-Couteaux, Prolongement d'une réflexion sur la liberté de conscience : la déclinaison juridique de la tolérance, Mélanges G. Cohen-Jonathan, Bruylant 2004).

Pourtant, l'article 4 de la Déclaration de 1789 dispose : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

Plus largement, l'altruisme – dont on signalera au passage qu'il est un néologisme inventé par Auguste Comte qui pouvait donc envisager de fonder sur lui sa religion positive – est sans nul doute une valeur essentielle dans une société démocratique et libérale.

Ainsi, dans toutes les affaires qui intéressent notre sujet, le respect de la liberté d'autrui est souvent directement invoquée, tant par le Conseil d'Etat (CE, avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, préc. : « *La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour le droit d'exprimer de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui...* ») que par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, préc. Cons. 3 ; Conseil constitutionnel, n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 18).

Mais, plus significatif la référence faite, dans nombre de décisions, aux actes de prosélytisme ou de propagande, aux actes ostentatoires ou revendicatifs ou encore de pression ou de provocation comme étant de nature à limiter la manifestation de l'appartenance religieuse n'est-elle pas une manière de recherche de la frontière entre la liberté des uns et le respect de celle de l'Autre et, plus largement, un renvoi implicite au respect d'autrui (CE, Section de l'intérieur, avis n° 346893, Port du foulard islamique, précité, cons. 1 ; CE, 2 novembre 1992, n° 130394, Kherouaa, Lebon.389 ; RFDA 1993.112, concl. D. Kesller ; AJDA 1992.788, chron. Ch. Maugué et R. Schwartz ; D 1993.108, note G. Koubi) ?

Cette source de limitation de la liberté la manifestation de l'appartenance religieuse est largement validée par la Cour européenne des droits de l'homme.

A propos de la loi française sur la dissimulation du visage dans l'espace public, elle a, en effet, jugé, par référence à la « protection des droits et libertés d'autrui » :

*« 122. La Cour prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée. La Cour peut donc admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble. Cela étant, la flexibilité de la notion de « vivre ensemble » et le risque d'excès qui en découle commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée (Cour EDH, Grande Chambre, 1<sup>er</sup> juillet 2014, SAS c. France, n° 43885/11 ; v. A. Hedary, Dissimulation du visage, service public et liberté religieuse, AJDA 1/2012.19).*

- *Pourtant, le juge administratif français tire peu de conséquences directes de la référence au respect de la liberté d'autrui.*

Peut-être parce qu'il n'est pas dans sa pratique de concilier les personnes privées dans ses prétoires, plus familier de la confrontation entre celles-ci et l'Etat. En regard de constat, on ne peut que relever positivement que le tribunal administratif de Nice n'a pas hésité à faire valoir que le port du *burkini* est « non seulement de nature à porter atteinte

*aux convictions ou à l'absence de convictions religieuses des autres usagers de la plage, mais d'être ressenti par certains comme une méfiance ou une provocation exacerbant les tensions ressenties par la population la suite de la succession d'attentats islamistes subis en France ... » (ordonnance n° 1603508 et 1603523, du 22 août 2016, cons. 15).*

- *Se pose alors la question de la réactivation de cette source légitime de la limite aux revendications de la manifestation de l'appartenance religieuse.*

Il nous semble qu'elle pourrait passer par la formulation d'une Charte des Devoirs humains. L'esprit d'une telle Charte procéderait d'un changement de paradigme en ce qu'elle permettrait de sortir de l'impérialisme des droits et ouvrirait au juge la possibilité de renvoyer chacun à ses obligations envers l'Autre.

On se rappelle que l'abbé GREGOIRE disait déjà le 4 août 1789 devant la jeune Assemblée nationale *qu'il est « essentiel de faire une déclaration des devoirs pour retenir les hommes dans la limite de leurs droits ; on est toujours porté à les exercer avec empire, toujours prêt à les étendre, et devoirs, on les néglige, on les méconnaît, on les oublie... Il faut établir un équilibre ».*

Le projet n'est pas, pour autant, désuet puisqu'il a été réactivé en 1998 par le professeur Rita Lévi-Montalcini, prix Nobel de médecine avec sa *Magna Carta dei Doveri dell'Umanita* (voir l'intervention du 26 juin 2008 de M. Jean-Pierre CHANGEUX, président d'honneur du comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé devant le comité des réflexions sur le Préambule de la Constitution présidée par Simone Veil, « *Redécouvrir le Préambule de la Constitution* », la documentation française, décembre 2008, sp. p. 137-138).

En Espagne, la Constitution du 29 décembre 1998 est précédée d'un Préambule consistant en une proclamation de la Nation espagnole et qui débute par un titre intitulé : « *des droits et des devoirs fondamentaux* ». De même, en Italie, la Constitution du 27 décembre 1947 débute par un énoncé de « *principes fondamentaux* » suivis d'une première partie sur « *droits et devoirs du citoyen* ».

L'objet de la Charte des devoirs serait de décliner les droits et libertés fondamentales sous l'angle des devoirs envers autrui.

Par exemple, « *Tout Etre humain a le devoir de respecter l'égalité entre homme et femme* » ; « *tout Etre humain a le devoir de respecter le libre choix de son orientation sexuelle par l'autre ...* » ...

Tout un programme qui nous conduirait bien au-delà d'un propos qu'il convient de conclure très provisoirement.

## Conclusion

- Au terme de cet exposé, on ne peut que constater qu'appelé à statuer sur des questions de société, le juge administratif ne se défait pas, mais entend mettre ses décisions à l'abri de toute contestation, du moins quand elles sont formulées sur le strict terrain de l'orthodoxie juridique.

En effet, il ne lui appartient pas de prendre des options sur ce qu'implique la laïcité au-delà du noyau incontestable du caractère non-confessionnel de l'Etat, le principe de non-discrimination qui en résulte et la neutralité des services publics qu'il implique.

Mais, en l'état, il en résulte une forme de frustration du corps social qui attend de lui, sans doute plus que du pouvoir politique, qu'il indique une direction.

C'est pourquoi, nous avons suggéré qu'il pourrait se montrer plus audacieux

- d'une part, en donnant plus de profondeur à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution en le lisant dans toutes ses composantes : « *La France est une République laïque ; 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* ».

Il s'agit, ce faisant, de sortir l'Etat du statut d'idole impavide, à la manière de la statue du Dieu dans le temple antique, auquel on voudrait le cantonner. Il ne saurait être, en effet, réduit à l'anomie car il incarne la République et, à ce titre, porte un projet.

- d'autre part, en donnant une place plus affirmée au respect de la liberté d'autrui, permettant à l'autorité administrative de poser, sous le contrôle du juge, des limites à certaines manifestations de l'appartenance religieuse qui ne sont pas, pour le croyant, dans une relation de contrainte absolue avec la pratique religieuse et en fonction des circonstances locales.

Disant cela, nous ne méconnaissons pas la difficulté et nous avons pleinement conscience de ce qu'a de délicat ce que nous demandons au juge. Mais il s'agit d'en revenir à l'esprit de transaction induit par le respect de l'Autre.

- Ces propositions sont faites dans l'attente que le pouvoir politique veuille bien leur donner un surcroît d'inspiration en se saisissant de ce choix si crucial du modèle de société dans lequel nous voulons vivre : « *Vivre ensemble* » sur le modèle anglo-saxon d'une société multiconfessionnelle ou « *Etre ensemble* » sur le modèle d'une laïcité d'intégration ?

Ce n'est certes pas au juge administratif à trancher. Mais rien ne l'empêche d'en avoir une idée !

Pierre SOLER-COUTEAUX  
Professeur à l'Université de Strasbourg

**Bibliographie :**

- **Collectivités et laïcité, Colloque Sénat 15 décembre 2015, JCP A 2016, supp. au n° 17-18 ;**
- Le principe de neutralité inclut celui de laïcité qui en constitue l'un des éléments. A titre d'exemple, il a été jugé récemment que l'organisation d'une célébration religieuse – messe de Sainte Barbe – dans la salle de délibération d'un conseil municipal portait atteinte aux principes de laïcité et de neutralité qui s'imposent aux autorités municipales (TA Bordeaux, 15 décembre 2009, M. Solana, AJDA 2010, p. 461).
- C'est ce lien avec le principe de laïcité qui confère à la neutralité du service public son intérêt actuel. Comme l'écrivent A. Lallet et E. Geffray (Le Conseil d'Etat, gardien du temple : bref retour sur 25 ans de laïcité, AJDA 2014, p. 104), « *La laïcité est un principe ... fondateur de notre contrat social* »).