

mise
au
point

Mathilde Philip

Droit de la laïcité

2^e édition



ellipses

Introduction générale

Connaître les règles juridiques qui découlent du principe de laïcité est un préalable indispensable à son application dans la sphère professionnelle, à son enseignement et à son étude dans d'autres disciplines que le droit.

Il ne s'agit pas seulement d'être plus sûr de soi lorsque l'on est confronté à une situation en lien avec le fait religieux. C'est aussi un élément de pacification qui évite les incompréhensions. Comme l'écrivait Jean Rivero au Recueil Dalloz de 1949... « Laïcité : le mot sent la poudre » ! Mais, ajoutait-il, « le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent¹ ». Avec ce manuel, nous proposons précisément au plus grand nombre de franchir *le seuil du droit*, en faisant connaître la notion de laïcité, dont le contenu est souvent obscur et trop imprécis, y compris pour les personnes qui doivent l'appliquer. C'est le cas, par exemple, de ces fonctionnaires qui imposent aux usagers du service public une obligation de cacher leur appartenance religieuse, en ignorant que ces derniers n'ont pas d'obligation de neutralité et qui, dans le même temps, ignorent qu'eux-mêmes sont soumis à une stricte neutralité². On peut également citer l'idée fausse – juridiquement – mais pourtant très répandue, que la laïcité française renvoie la religion dans la sphère privée et, ce faisant, la déloge complètement de l'espace public³. Sans oublier la représentation de la laïcité comme une négation de la liberté religieuse, sans comprendre qu'en réalité la première est l'une des garanties de la seconde. Enfin, trop de confusions marquent la laïcité scolaire qui constituera une part importante de cet ouvrage. La connaissance du droit aide donc à éviter les controverses inutiles et les

1. Rivero Jean, « La notion juridique de laïcité », *Dalloz* 1949, Chron., p. 137.

2. Cet exemple est tiré de l'enquête sur la laïcité dans le service public de la Justice menée à Lyon en 2019 (V. Philip-Gay Mathilde (dir.), *La Laïcité dans la Justice*, Rapport de recherche à la mission Droit et Justice, 2019, en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/02/16-46-Rapport-final.pdf>).

3. *Idem*.

recours malavisés qui pervertissent les débats. À condition d'admettre qu'il reste quelques rares « zones grises de la laïcité » et qu'il y a alors plusieurs interprétations possibles, qu'un juge ou que le législateur pourrait un jour avoir à trancher. À condition surtout de savoir diffuser et utiliser cette connaissance.

Le monde professionnel a réalisé un effort sans précédent de formation aux valeurs de la République¹ et à la laïcité², avant même que la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République n'en fasse une obligation pour les fonctionnaires³. Pourtant, même lorsque l'on a été initié à ce principe, des questions demeurent et une actualisation régulière reste nécessaire. Les nombreux guides parus sur la question ces dernières années sont utiles mais très spécialisés⁴. Par conséquent, les connaissances élémentaires pour passer un concours ou mieux appréhender les situations en lien avec le fait religieux⁵ dans notre société méritaient d'être rassemblées dans une analyse homogène révélant leur cohérence. C'est pourquoi ce manuel – le premier à s'intituler « droit de la laïcité⁶ », – se proposait dès 2016 d'aborder l'ensemble des interrogations qui les traversent. Il a

1. Pour une définition juridique des valeurs de la République, Voir: Philip-Gay Mathilde, « Les valeurs de la République », dans Blachère Philippe, *La Constitution de la Ve République: 60 ans d'application* (1958-2018), LGDJ, 2018 (chapitre en libre accès)
2. Fin 2015, le plan national de formation VRL, dont le pilotage a été confié à l'Agence nationale des Territoires (ANCT) avec l'appui du Centre national de la Fonction publique territoriale (CNFPT), a été réaffirmé dans le cadre du Comité interministériel des villes du 29 janvier 2021 avec l'objectif de former désormais 40 000 acteurs de terrain par an, ainsi que tous les agents des trois fonctions publiques.
3. « Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent public est tenu à l'obligation de neutralité. Il exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester ses opinions religieuses. Il est formé à ce principe » (Loi n° 2021-1109, art. 3; CGFP, art. L. 121-2).
4. Par ex, *Guide de la laïcité dans la fonction publique*, La Documentation française, 2023; *Guide de la laïcité dans l'enseignement supérieur*, France Universités, 2023; Conseil des sages de la laïcité, *Vademecum laïcité à l'école*, mars 2024, 142 p.
5. Après plusieurs hésitations, l'expression « fait religieux » a été privilégiée car, comme Régis Debray, nous ne nions pas qu'elle est « d'une neutralité peu compromettante. Elle ne privilégie aucune confession en particulier. (...) L'alliage des deux mots neutralise l'un par l'autre. Aussi bien confessants et libres-penseurs y trouvent-ils leur compte » (Debray, Régis. « Qu'est-ce qu'un fait religieux? », *Études*, vol. 397, n° 9, 2002, pp. 171-172).
6. Peu d'auteurs utilisaient l'expression « droit de la laïcité » (Mialle Michel, *La laïcité*, Dalloz, 2015, 128 p.).

été actualisé pour tenir compte des évolutions récentes, en particulier des premières années d’application de la loi du 24 août 2021¹ qui modifie amplement la loi du 9 décembre 1905². Il redéfinit précisément le terme «laïcité» pour ne pas le dévooyer; par exemple en ne l’utilisant pas comme synonyme de neutralité ou d’athéisme, au risque d’apporter de la confusion sur les règles applicables. Par exemple, il découle de la neutralité des agents de la fonction publique une interdiction de manifester leurs opinions religieuses, philosophiques et politiques; ce qui est plus large que la laïcité. De même, l’athéisme est une conviction philosophique, protégée en tant que telle. En outre, il n’y a pas en l’état actuel du droit français de reconnaissance³ de la conception philosophique de la laïcité comme composante idéologique de la société, au même titre que les religions⁴.

La matière objet du présent ouvrage ne s’inscrit pas dans un courant philosophique ou politique, mais représente au contraire un préalable à toute réflexion sur cette place du fait religieux dans la société. Elle permet d’appréhender le droit positif, sans en nier les difficultés d’application qui apparaissent parfois, ni délaisser le débat sur la place du législateur pour éclaircir ses zones d’ombre. N’étant pas un traité, ce livre ne prétend pas être exhaustif sur les règles applicables. Il doit permettre au lecteur d’avoir les bonnes intuitions pour connaître les réponses aux situations les plus courantes et les plus problématiques. Surtout, il contient le corpus de base⁵ sur lequel peut reposer la défense des convictions philosophiques ou religieuses, quelles qu’elles soient, de chaque personne qui le lira. Comment protéger, appliquer, ou critiquer une notion dont on ne connaît pas réellement les contours précis? Comment lui donner une fonction sociale d’apaisement et même de maintien du «vivre-ensemble» si chacun se sent faussement autorisé à l’appliquer comme son sentiment du moment le lui commande, sans penser qu’une éventuelle censure par le juge causera du tort à cette cause même qu’il entend défendre? Comment ne pas comprendre qu’une meilleure connaissance du droit est paradoxalement facteur de diminution des recours et des conflits?

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

2. Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l’État.

3. Contrairement à la Belgique depuis la révision constitutionnelle de 1993.

4. Const. belge du 7 fév. 1831 coordonnée le 17 fév. 1994, art. 181, §2.

5. Pour un ouvrage plus exhaustif en droit des religions, on renverra à Messner Francis (dir.), *Dictionnaire de droit des religions*, CNRS éditions, 2011, 790 p.

Dans sa première édition, cet ouvrage pariait sur l'émergence d'une nouvelle branche du droit aux sources particulières ne se limitant pas à la loi du 9 décembre 1905 portant séparation des Églises et de l'État (I). Elle est devenue une matière juridique autonome (II) qui repose sur une définition stable de la laïcité (IV), même si sa singularité – du moins juridiquement – doit être relativisée par rapport aux autres sociétés pluralistes (III).

I. Les sources du droit de la laïcité

Ces sources sont nationales et internationales.

1. Les sources nationales

Les normes de référence ne contiennent pas toutes le terme «laïcité». Elles ont été édictées à partir de la Révolution française, sous la troisième République puis ont été renforcées après la Seconde Guerre mondiale, avec continuellement une spécificité dans le domaine scolaire.

Quatre de ces normes défendent particulièrement la liberté religieuse. Il s'agit de l'article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen établie «en présence et sous les auspices de l'Être Suprême», qui énonce que «nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi». Cet article est interprétable d'une manière contradictoire : révélateur de la méfiance de ses rédacteurs pour cette forme spécifique de liberté ou, au contraire, de leur volonté de la défendre tout particulièrement¹. En réalité, la vérité historique est médiane ; il s'agissait, pour les révolutionnaires, de protéger la liberté de ne pas croire, ce qui a provoqué l'opposition des députés du clergé et de la noblesse². L'article 1^{er} de la loi de 1905 lui fait écho, en garantissant les libertés de conscience et d'exercice des cultes sous

1. Gaudemet Yves, «Liberté religieuse et laïcité, hommage à Jean Rivero», dans Mélin-Soucramanien Ferdinand, Melleray Fabrice, *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 21.

2. D'après Brigitte Basdevant-Gaudemet, *La jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté confessionnelle et le régime juridique des cultes et de la liberté confessionnelle en France*, rapport du Conseil constitutionnel, XI^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, nov. 98.

réserve de restrictions d'ordre public. Le préambule de la Constitution de 1946, lui donne une autre dimension en l'assortissant d'une interdiction de la discrimination, tout être humain possédant des « droits inaliénables et sacrés » « sans distinction de race, de religion, ni de croyance¹ ». Cette préservation a désormais valeur constitutionnelle² et a été complétée par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'Homme) que le législateur français doit respecter³.

D'autres lois construisent les rapports entre les Églises et l'État dans le sillon de l'article 2 de la loi de 1905 précitée, interdisant à la République de reconnaître, de salarier et de subventionner un culte. La loi de 1905 est complétée par celles du 2 janvier et du 28 mars 1907 visant à améliorer les relations avec l'Église catholique. Bien avant la loi du 24 août 2021⁴, plus de la moitié du titre IV de la loi de 1905 relatif aux associations cultuelles et trois des onze articles du titre V sur la police des cultes avaient déjà subi des changements⁵. D'un point de vue politique, réformer la loi de 1905 est toujours périlleux en raison de sa forte dimension symbolique. Pensée initialement comme un texte d'apaisement et d'équilibre destiné à s'appliquer à tous les cultes, elle fait partie – comme, par exemple, les lois sur les libertés de la presse et d'association – de ces grandes lois de la fin du xix^e siècle et du début du xx^e siècle qui ont traversé les Républiques.

Le principe de laïcité est désormais proclamé par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958. La France, République laïque, assure « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion (...) « elle respecte toutes les croyances ». Beaucoup de principes

1. Const. de 1946, Préambule, al. 1. Voir aussi les al. 5 et 16.

2. Cons. const., n° 71-44 DC du 16 juill. 1971, Loi relative à la liberté d'association ; (Sur la valeur constitutionnelle des articles de la Déclaration de 1789, V. aussi Cons. const., n° 73-51 DC du 27 déc. 1973, Loi de finances pour 1974 [taxation d'office]). V. Basdevant-Gaudemet Brigitte, *La jurisprudence constitutionnelle...*, *op. cit.*

3. La France a ratifié la Convention en 1974 et les requêtes individuelles sont possibles depuis 1981.

4. Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, *op. cit.*

5. Ces modifications n'étaient pas toujours visibles dans les versions consolidées de la loi de 1905 (Émile Poulat, Maurice Gelbard (collab.), *Scruter la loi de 1905. La République française et la religion*, Paris, Fayard, 2010, p. 293).

de la loi de 1905 ont désormais, eux aussi, valeur constitutionnelle¹. Selon le Conseil constitutionnel, le législateur doit respecter les principes de non-reconnaissance, de non-salariat, et de libre exercice des cultes, ou encore de neutralité de l'État. Il a cependant omis volontairement deux éléments essentiels. Le premier est la liberté de conscience², alors même que le Conseil d'État évoque cette dernière comme une liberté « d'où découle le principe de laïcité³ ». Le second élément est la séparation financière entre les Églises et l'État⁴ que le Conseil constitutionnel a donc considéré implicitement comme une interdiction n'ayant qu'une valeur législative, ce qui rend le législateur compétent pour en déterminer les exceptions. Une grande partie des dispositions de la loi de 1905 conserve d'ailleurs une valeur législative – en particulier, son titre IV « Des associations pour l'exercice des cultes », et son titre V « Police des cultes » – ce qui signifie qu'elles peuvent être modifiées par une loi ordinaire, telle que la loi du 24 août 2021 déjà évoquée⁵.

Enfin, la laïcité scolaire a des règles particulières fondées sur les grandes lois relatives à l'enseignement adoptées sous la troisième République. Depuis, l'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946, dont nous avons déjà rappelé la valeur constitutionnelle, énonce que « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État » et la loi du 15 mars 2004 interdit le port de signes ou tenues par lesquels les élèves des écoles, collèges et lycées publics, manifestent ostensiblement une appartenance religieuse.

De même, il existe des circulaires dont la connaissance est indispensable, en particulier s'agissant de la laïcité scolaire. Celles de Jean Zay des 31 décembre 1936 et 15 mai 1937, celle du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi du 15 mars 2004, ou d'anciennes circulaires de rentrée

1. Cons. const. n° 2012-297 QPC du 21 fév. 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle].

2. Cette omission soulève un certain nombre de questions (V. Mathilde Philip-Gay, « La constitutionnalisation de la laïcité », *Constitution et Démocratie(s)*, Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau, Lextenso éditions, mars 2019, pp. 725-733).

3. Cons. État, 1^{er} mars 2010, Arab Women's solidarity association-France.

4. Il a passé sous silence l'interdiction du financement et du subventionnement publics des cultes.

5. Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, *op. cit.*

font encore référence aujourd’hui¹. Ajoutons que certains aimeraient faire de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public une application de la laïcité. Nous nuancerons fortement cette idée². Et puis, bien évidemment, les sources du droit de la laïcité sont aussi jurisprudentielles³. Par exemple, le Conseil constitutionnel a contribué à définir le principe, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé conforme à la convention le principe de laïcité à la française, en a dressé les contours ainsi que ceux de la liberté de pensée, de conscience et de religion⁴; la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) se sont récemment prononcées sur le droit de porter des signes religieux⁵; quant au Conseil d'État, en 2011 et 2013, il a précisé les conditions d'application du non-financement public des cultes.

Pour finir, les usages et la coutume prennent une place importante dans cette branche du droit, parce qu'ils peuvent justifier le maintien de pratiques à connotation religieuse, telles que les sonneries de cloches en métropole ou les appels à la prière des mosquées outre-mer, et parce qu'ils ont contribué à façonner les régimes juridiques locaux⁶.

2. Les sources internationales

La définition française de la liberté religieuse est fortement influencée par l'article 9 précité de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷. Il prévoit que le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion «implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou

1. V. *infra*, partie 3, chapitre 1, section 2 «Les particularités de la neutralité scolaire».

2. *Ibid.*

3. Cons. const. n° 2012-297 QPC du 21 fév. 2013, *op. cit.*

4. V. Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH), Ch. 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce.

5. V. *infra*, partie 2, chapitre 1, II «L'entreprise privée».

6. Nous verrons qu'ils sont fondés sur le Concordat de 1801 et des dispositions allemandes en Alsace-Moselle, l'ordonnance royale de Charles X du 27 août 1828 en Guyane, l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958 et l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître ou enfin le décret Mandel de 1939 qui s'applique aussi dans d'autres territoires.

7. Dans les notes de bas de page, la Convention européenne des droits de l'Homme sera désignée par l'abréviation «Conv EDH».

collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Il l'encadre tout de même. Seule la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut être limitée; mais uniquement par la loi, par « des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui¹ ». Cette définition est presque similaire à celles de la plupart des grandes déclarations et conventions internationales, à l'exception de la reconnaissance de la liberté de changer de religion ou de conviction² qui s'oppose à la condamnation par certains religieux de cette forme particulière d'apostasie. La volonté de ne pas heurter certains États, dont les pays musulmans, explique l'absence de cet élément dans l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu le 16 décembre 1966 et dans l'article 14 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. La Convention européenne est le seul des traités évoqués à ne pas expressément prévoir le droit des parents à ce que leur enfant reçoive une éducation conforme à leurs convictions, mais elle a été rapidement complétée par son protocole n° 1 imposant le respect de la liberté parentale de donner une éducation et un enseignement à leur enfant qui soient « conformes à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

Ces sources en apparence hétéroclites du droit de la laïcité présentent en réalité une unité. Elles définissent une conception particulière de ce principe et illustrent aussi l'autonomie de cette matière.

II. Une matière juridique autonome

Le droit de la laïcité est devenu à la fois une discipline et un objet juridiques en s'émancipant du droit des libertés fondamentales. Cette matière met à jour une forme spécifique de connaissance du droit avec un but distinct de celui du droit des religions, dont on peut également la distinguer.

1. V. Renucci Jean-François, l'article 9 de la ConvEDH, *La liberté de pensée, de conscience et de religion*, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 20.
2. Seuls l'article 12 de la Convention américaine du 22 novembre 1969 et l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 18 décembre 2000 (entrée en vigueur en même temps que le traité de Lisbonne en 2009) l'ont reprise.