

RIGORE E CURIOSITÀ

Scritti in memoria di
Maria Cristina Folliero

TOMO I

a cura di
GIUSEPPE D'ANGELO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1360-2

Volumi pubblicati con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno, della Scuola di Specializzazione per le professioni legali, del Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche e dei fondi FARB anni 2015 (Prof. G. Fauciglia) e 2016 (Prof. G. D'Angelo).

Impaginazione: Giuseppe Ferrentino (peppe.ferrentino@gmail.com)

Stampa: Industria Grafica Letizia - Capaccio (Sa)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

BRÈVES CONSIDÉRATIONS, PAS SEULEMENT JURIDIQUE, EN MATIÈRE DE LAÏCITÉ ENTRE LE SYSTÈME JURIDIQUE ITALIEN ET LA NORMATIVE FRANÇAISE

1. *Quelques questions préliminaires en matière de laïcité et sûreté*

L'analyse essaiera de développer quelques considérations à propos d'un problème général en ce qui concerne le rapport entre: politiques de droit, diversité et religion. La question n'est pas originale, c'est le milieu historique et politique où elle s'enracine qui est différent. C'est une vérité qui est bien mise en évidence par Portier dans son dernière livre intitulé: «*l'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*»¹, là où il souligne qu'en France le modèle de la diversité n'a jamais été remis en cause, en fait, sous l'influence des valeurs démocratiques, l'*Hexagone* a toujours voulu d'une part consacrer et célébrer les différences, d'autre part il a évoqué assez peu l'impératif d'intégration. Dans le même temps, la littérature, mais aussi la grammaire politique et administrative, ont longuement pensé que le phénomène religieux c'était une affaire uniquement privée. De ce fait les ordres juridiques libéraux ont toujours tendu à définir la 'religion' comme renvoyant à la conscience, à la vie intérieure, c'est-à-dire, aux croyances de l'individu.² Il ne s'agissait pas de considérer la religion en tant qu'affaire seulement intime, mais plutôt, sous le point de vue des principes philosophiques, la religion était considérée privée en opposition à la sphère de l'état et de la société: «elle est privée dans le sens où elle doit être protégée de la loi, incompétente dans le domaine de la foi. Son expression publique ne devrait être interdite que lorsqu'elle porte atteinte à l'ordre public, autrement dit à ce qui permet la coexistence pacifique des fins individuels»³. Tout cela est très classique et parfaitement formulé selon la théorie des deux juridictions proposée simultanément par Locke et Bayle: en ce qui concerne la vie religieuse, seul ce qui porte atteinte aux intérêts civils doit être contrôlé par l'État. Mais au début des années 1990, les choses changent sur ce terrain. Un mot

¹ P. PORTIER, *l'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Presse Universitaire de Rennes, Rennes, 2016.

² Voir M. SUNDER, *Piercing the Veil*, en *Yale Law Journal*, 112 (2003), p. 1399 ss.

³ S. HENNETTE VAUCHEZ – V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, LGDJ, Paris, 2014, p. 81. On lit aussi le récent ouvrage de T. GUÉNOLE, *Islamopsychose. Pourquoi la France diabolise les musulmans*, Fayard, Paris, 2017, § 5, p.115 ss.

hante la littérature du droit public et le débat politique, en transformant en problème la diversité et le pluralisme. Ainsi que Portier l'écrit, il s'agit de la mutation portée par l'obsession du mot: *cohésion*. «C'est un phénomène partagé par l'Europe de l'Ouest tout entière, y compris», on lit «les pays qui avaient été jusqu'alors les plus ouverts aux politiques (du) multiculturalismes»⁴.

La question est riche de conséquences sous le point de vue des politiques de droit. Deux les principaux problèmes posés: avant tout, en comparant les solutions françaises avec l'expérience italienne, il faut comprendre quelles politiques législatives, et surtout, quels modèles de technique normative ont été utilisés pour régler les phénomènes concernant les problématiques des droits culturels, en vérifiant si les systèmes juridiques italiens et français sous-tendent ou non, un différent dessin social-politique. Non moins important sera, après, l'examen du problème à propos du gouvernement des droits interculturels, en particulier, il faudra vérifier si soit mieux utiliser un modèle de *laïcité sélective* ou, au contraire, un modèle inspiré au *principe de cohésion*, c'est-à-dire un principe qui, en convertissant la jurisprudence de Strasbourg, on pense à l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 1993, justifie la limitation de manifester dans la sphère publique sa liberté religieuse qui, au nom de la cohésion sociale et de l'identité politique ou culturelle, devient une affaire seulement privée, si bien que le problème de la laïcité n'est pas plus une affaire de droit, mais une problématique portant sur la manière d'être⁵.

2. Première question. La politique sur la liberté religieuse au-dessus et sous les Alpes

Si on regarde la production législative française dans le domaine des droits trans-culturels de la dernière décennie par rapport à la production normative italienne, on voit comme le législateur transalpin a été certainement plus prolifique. Dans le domaine des droits culturels le législateur français a produit, pendant dix ans, deux nouvelles lois: la l. 228-2004 et la loi 1192-2010, au de là, bien sûr, des règlements d'application correspondants. L'Italie, au contraire, en matière analogue, connaît seulement l'ancien art. 5 de la loi de 1975 n. 152 dont l'esprit n'a rien à voir avec les deux normes déjà mentionnées. En outre, les différents projets de loi présentés pour modifier le contenu de l'art. 5 sont restés vains mots, les 'ordonnances syndicales' utilisées par les mairies en qualité de Commissaire du Gouvernement ex art. 54 du Texte unique des collectivités locales ont eu peu d'effet. En fait toutes les tentatives de régler les questions de nature socioculturelle par voie administrative ont échoués, ou bien par l'intervention des préfets, ou en raison des recours

⁴ P. PORTIER, *l'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, cit., p. 243. On voit aussi C. JÖPPKE, *L'effacement du multiculturalisme dans l'État libéral*, in R. KASTORYANO (dir.), *Les codes de la différence*, Presses de Sciences Po, Paris, 2005, p. 305.

⁵ Voir S. HENNETTE VAUCHEZ – V. VALENTIN, *op. cit.*, p. 87.

face à l'administration judiciaire ou encore avec le recours extraordinaire au Président de la République. La France depuis les années '70 a, en outre, commencé à intervenir aussi dans le domaine de nouveaux mouvements religieux. Elle l'a fait en 1998 avec la *Mission Interministérielle de Lutte contre les sectes* voulue par le Gouvernement Jospin; elle a continué à le faire en 2002, sous le Gouvernement Raffarin, avec la mise en place de la nouvelle *Mission Interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires* (MIVILUDES), mais surtout, encore une fois, elle est intervenue législativement avec la loi *About-Picard* du 12 juin 2001, ainsi que avec diverses circulaires ministérielles. Si l'Italie de ce côté est muette, au contraire en matière des mutilations génitales féminines, en opposition à la France, qui utilise normes de droit commun en appliquant l'article. 222-16-2 du code pénal, dans le 2006 elle intervient avec la loi *Consolo*: «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile» en introduisant l'art. 583 bis du code pénal concernant les mutilations des organes génitaux féminins⁶.

Ce complexe cadre normatif suggère une première considération d'ordre théorique: en Italie, à l'exception de la loi de 2006, la répandue inaction dans la régulation des dynamiques multiculturelles et des phénomènes migratoires, montre la tendance des institutions à favoriser une orientation normative pas visant à changer ou conditionner un comportement ou un style de vie, comme le démontre le principe de laïcité élaborée par la Cour constitutionnelle. En fait cette laïcité, souligne Alessandro Ferrari, a, dans son patrimoine génétique, des éléments qui dérivent des articles 19 et 20 Const. d'une part, et des articles 7 et 8 Const. de l'autre. Dès le début la «laïcité italienne a retenu le respect de la liberté de conscience et une attitude favorable à la promotion du pluralisme culturel et religieux ; des articles 7 et 8 (...) elle a retenu l'exigence de neutralité de l'Etat vis-à-vis des religions et la distinction entre sphère civile et religieuse»⁷.

Bien différent est l'approche en France où le législateur préfère, au contraire, un modèle de production normative plus «réglementaire», donc avec le but exprès de pratiquer un certain degré de pression sur la réalité sociale, afin de la changer, comme confirme la même technique de rédaction du texte législatif. En observant, en fait, la structure de la loi n. 1192 de 2010, on voit comme le législateur français a mis en place seulement une trace normative minimale: trois seules articles, laissant au contraire à l'exécutif, au moyen de la circulaire ministérielle du 2 Mars 2011, la tâche de préciser les détails normatifs dans le but d'un plus efficace effort de conditionnement des coutumes sociales, bien sûr, pas en clés multiculturaliste, mais, au contraire, volontariste, afin d'intégrer, écrit Portier «les citoyens dans un monde commun, fait de valeurs et de normes partagées. Fruit» – continue l'auteur – «d'un

⁶ Legge 9 gennaio 2006, n. 7, «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile», in *G.U.* n. 14, du 18 janvier 2006.

⁷ A. FERRARI, *Laïcité et multiculturalisme à l'italienne*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 141 (2008), pp. 145-146.

contexte caractérisé par la transformation des paysages confessionnels, (afin que) ce discours du rassemblement s'est traduit par une politique de contrôle accentué du religieux»⁸.

Toutefois, le différent approche réglementaire entre les deux pays se prête à la réflexion suivante. En supposant comme *terminus a quo* le septembre 1989, jusqu'au moment où s'initie l'affaire du voile sont passé quinze ans avant que le législateur français intervînt avec une loi spéciale en matière. Maintenant, plutôt que de réfléchir sur les raisons de l'inaction, il est plus intéressant de se demander pourquoi il y a eu un silence aussi long. Cela permettrait aussi d'expliquer la stérile politique législative du Parlement italien en matière. À ce propos Schauer⁹ offre une possible réponse là où il souligne que si tout le monde pensait les mêmes solutions sur la façon de régler certaines questions, parce-que tous partageaient les mêmes valeurs et la même conception de vie, alors, les normes deviendraient beaucoup moins importantes. Si cela est vrai, alors il est vrai aussi le contraire, c'est-à-dire: les lois sont importantes seulement dans le moment où les personnes ne partagent les mêmes valeurs.

Ainsi, l'intervention du législateur français en 2004 et 2010 a probablement été nécessaire parce que la «dérégulation des univers confessionnels»¹⁰ mentionné par Portier, avait tellement rongé la table des valeurs communes, à rendre politiquement et symboliquement nécessaire une intervention correctrice en clé de cohésion sociale et d'homologation social, en imposant un modèle de laïcité complètement nouveau fondé sur deux axiomes fondamentaux: a) l'imposition de la neutralité religieuse, pas seulement à l'État, mais aussi aux sujets privés; b) l'affaiblissement du principe de séparation à l'avantage de celui de neutralité de l'État, compris en clés *juridictionnelle*, c'est-à-dire par un contrôle et même le soutien du religieux de côté du pouvoir public de mieux le contrôler. «Les deux idées sont cohérentes et complémentaires puisque se met en place une sorte de laïcité sans séparation»¹¹. En fait, l'État d'une part reconnaît et aide toutes les confessions religieuses, de l'autre côté, demande aux citoyens un témoignage de neutralité en renonçant à exprimer les propres croyances dans les espaces marqués par le «public», tout en prolongeant la liste de ces derniers. Un approche très différent respect le système juridique italien, pour lequel les considérations doivent être renversées, c'est-à-dire que l'inertie du législateur dans le domaine des symboles sur le corps doit être lue, au contraire de la France, comme un témoignage d'une plus forte homogénéité des valeurs présentes, pas dans l'État, mais dans la société, telle que l'on ne sent pas la nécessité d'une intervention uniformisatrice afin d'endiguer la fragmentation sociale.

⁸ P. PORTIER, *l'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, cit., p. 243.

⁹ Voir F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, (tr. it), il Mulino, Bologna, 2000, p. 26 ss.

¹⁰ P. PORTIER, *op. cit.*, p. 244 ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 21.

3. *Seconde question. laïcité sélective vs. principe de cohésion*

Tout en restant sous le point de vue des techniques normatives, une autre considération peut être faite. L'idéologie au fondement du model de *Nouvelle Laïcité*¹², pour laquelle la diversité doit être fortement limitée car elle peut autrement mettre en cause l'unité de la nation, en contraposition avec les thèses des théoriciens de la démocratie *différentialiste*, demande une vision volontariste et constructiviste du droit, c'est-à-dire, la conviction que, par le biais des normes, on peut poursuivre des résultats et des changements substantiels de la société. Paradigme, ce dernier, bien connu par le législateur français, lequel, supporté à l'intérieur du système juridique par les pouvoirs judiciaires et administratifs, poursuit un objectif politique fonctionnel à l'affirmation d'un ordre 'demo-liberal', observe Portier, «en le considérant, non point seulement comme un système de procédure (...) mais d'abord comme un régime de valeurs (appelé à englober les subjectivités)»¹³. Il s'agit, difficile de le cacher, d'une position d'arrière-garde, contraire aux tendances du droit globalisé, centré comme il est, sur un fort affaiblissement du profil volontariste dans un contexte de fragmentation et de pluralisation de l'expérience juridique. Le droit global, en fait, n'est plus pensé comme un ensemble de règles imposées par le haut et pensées en abstrait par les juristes pour mettre de l'ordre dans la société, mais plutôt comme une série de coups et de contrecoups, qui se normalisent dans une fluxe normative de type évolutif¹⁴. Dans la mesure où le droit globalisé est un droit de la possibilité, fruit d'une contractualisation continue et incessante que prélude à des actions futures de coopérations et d'échanges, le système normatif italien, là où il doit régler des questions de nature identitaire, ses contradictions et incohérences, reflète, plus que le droit transalpin, l'esprit de la *postmodernité*. Il le fait en choisissant une idée de droit conçue comme un outil destiné à fournir les instruments et les opportunités aux individus en se tournant vers leur esprit d'entreprise et en se distançant d'une conception *positiviste* de droit, expression d'une idée d'ordre juridique, compacte, mono-culturelle et monolithique¹⁵. Celui-ci est le droit qui parle la langue du pouvoir et de la souveraineté, l'autre est fondé sur une sorte de droit de sagesse, des juges, des administrateurs, des sujets privés des associations et des communautés religieuses, capables de concilier les désaccords, d'être contaminés, et de savoir négocier oralité et écriture¹⁶.

¹² S. HENNETTE VAUCHEZ – V. VALENTIN, *op. cit.*, p. 9 ss.

¹³ P. PORTIER, *op. cit.*, p. 272.

¹⁴ Voir M. ROSARIA FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 139 ss. On lit encore: D. ZOLO, *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 279 ss.

¹⁵ On peut lire à ce propos: M. ROSARIA FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 66 ss. et aussi A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2002, p. 136.

¹⁶ Voir, C. EBERHARD, *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, Préface de Etienne Le Roy, L.G.D.J., Paris, 2010, p. 77 ss.

Toutefois, après l’Affaire *Baby Loup*, les cartes ont été découvertes. Comme observe Portier il y a eu une polarisation idéal typique entre le côté de la laïcité de cohésion et celui de la laïcité d’inclusion. «Les théoriciens de l’inclusion (...) n’ont pas désarmé. Les lois de 2004 et de 2010 leur ont permis (...) de réaffirmer leurs positions, en appelant à accepter même les identités lourdes, dès lors qu’elles ne portent pas atteinte à l’ordre public. Sans réel succès: ils se sont heurtés à la résistance d’un corps social, dont la conception de la laïcité s’est recentrée très clairement du côté des contentions, sous l’effet de la peur engendrée par la montée en puissance sur la scène internationale des radicalités islamiques et des violences qu’elles ont exportées sur le territoire français. Les théoriciens de la cohésion se sont renforcés en revanche. (...) D’un côté, le courant néo-rationaliste, qui n’entend céder devant aucune religion quelle qu’elle soit et veut faire valoir, dans l’Etat, mais souvent au-delà désormais, la puissance de la raison. (...) De l’autre un courant néo-culturaliste, qui entend faire un cas à part du judéo-christianisme, à partir duquel s’est construite la nation»¹⁷. Bien que différentes les deux positions connaissent un même essentiel commun, c’est-à-dire, tous les deux «refusent qu’on puisse agencer l’ordre national en s’adossant seulement au modèle cosmopolitique des droits de l’homme. Leur dessin» – continue Portier – «est de construire le vivre ensemble sur des valeurs épaisses, indexées tantôt sur la raison tantôt sur la tradition, mais qui renvoient globalement à des manières partagées d’habiter le monde (...). Ses tenants nourrissent même souvent un dessin de neutralisation accentuée, non seulement de l’Etat, mais également de la société civile»¹⁸. Le devoir du citoyen serait alors de respecter la neutralité religieuse, mais plus largement, spirituelle de la *polis*. Abandonner le recours à des arguments religieux dans le travail de définition de la loi correspondrait à renoncer à afficher sa particularité dans les lieux où se met en place le travail commun – notamment les particularités religieuses, quelles que soient leurs modalités d’expression, y compris le vêtement¹⁹. La laïcité ainsi défendue porte l’idée d’une sphère publique ‘sans confession’ et non-pluriconfessionnelle”, où seule la raison a droit d’être citée: tout ce qui n’est pas rationnel (surtout les croyances) doit rester en dehors de l’Etat, et tout ceci vaut pour les gouvernants comme pour les gouvernés. L’enjeu est donc de comprendre en quels termes il faut récrire les dispositions du contrat social: si permettre à l’*homo religiosus* de vivre ensemble à l’*homo oeconomicus* dans la dimension publique, ou, au contraire, si le première doit être complètement exclus de la sphère publique. Autrement dit s’il doit toujours et quand même prévaloir «l’exigence de conformation ou de domestication des singularités, et donc la supériorité de ce qui unit collectivement (...) sur ce qui différencie»²⁰, comme démontre l’usage toujours plus fréquent dans les entreprises privées de la «*Charte de la laïcité et de la diversité*»

¹⁷ P. PORTIER, *op. cit.*, p. 261.

¹⁸ *Ibidem*, p. 262.

¹⁹ Voir S. HENNETTE VAUCHEZ – V. VALENTIN, *op. cit.*, p. 18.

²⁰ *Ibidem*, p. 19.

aux fins de protéger les employés de pressions religieuses ou plus encore communautaires en appliquant le modèle républicain à l'intérieur de son entreprise²¹.

Encore une fois la question, vue à Sud des Alpes, est très différente, dans la mesure où l'idée de laïcité à l'italienne, par sa nature inclusive, n'admettrait jamais l'exclusion de la dimension religieuse de la sphère publique. Sous ce point de vue on peut affirmer, sans peur d'être désavoué, que le principe de laïcité en Italie a une force juridique supérieure à celle que possède son homologue dans l'art. 1 de la Constitution française. Comme le souligne Alessandro Ferrari: «En France, en effet, il est douteux qu'on puisse parler d'un principe de supra-constitutionnalité et il continue à être très rare (et même exceptionnel) que le Conseil constitutionnel se réfère à ce principe dans sa jurisprudence»²². En fait l'attention obsessionnelle de la *Nouvelle laïcité* au phénomène religieux ne fait pas partie du modèle italien de laïcité, et ça, non seulement pour un général *favor religionis*, mais parce qu'elle contredit l'une des principales conditions de la pensée libérale: la non-ingérence du pouvoir public dans la dimension religieuse. Au contraire, avec l'idéologie qui sous-tende à la *Nouvelle laïcité*, nous assistons à la présence réitérée de la puissance publique, même pour des motifs religieux. L'idéologie sous-jacente à ce modèle menace, non seulement la liberté de religion et de conscience, mais favorise à la fois une extension, jamais connue auparavant, de la sphère d'intervention publique, ce qui soulève des préoccupations légitimes en ce qui concerne la protection des droits individuels. Juridiquement, cette tendance reflète la logique d'un ordre public immatériel et d'un État de droit²³ où la liberté de chacun est limitée au nom de considérations abstraites (idées, concepts, valeurs, représentations), peu importe qu'il y ait un danger réel pour les droits d'autrui. Cette nouvelle forme d'État de droit, de notion d'ordre public, et de laïcité, bouleverse radicalement les fondements de l'État libéral, en particulier celui pour lequel la liberté doit être la règle et les restrictions l'exception. Il est donc clair que le concept de laïcité uniformisant contient des profils très moralisateurs, en renforçant un concept axiologique et moral de l'État de droit selon une logique anti-libérale: vis-à-vis de cette logique il faudra, en future, bien vigiler.

²¹ Le premier cas en France regarde l'entreprise de recyclage *Paprec* qui a adopté, avec le soutien de ses 4000 employés, une «charte de la laïcité» qui interdit le port de signes religieux dans leurs locaux. Le groupe privé, installé en Seine-Saint-Denis et régulièrement salué comme un modèle en terme de diversité et de promotion sociale, a officialisé mardi l'entrée en vigueur d'un texte de huit articles dans son règlement intérieur. Si l'essentiel du contenu de cette «charte» ne fait que rappeler des principes en vigueur du droit, il reprend le «devoir de neutralité» religieuse ayant cours dans la sphère publique et prévoit aussi que «le port de signes ou tenues par lesquels les collaborateurs manifestent ostensiblement une appartenance religieuse n'est pas autorisé». Pour les cadres dirigeants de l'entreprise, le fait religieux dans une entreprise privée relève de lignes juridiquement plus floues que dans l'espace public, autour du principe général de liberté de conscience. «S'il s'agit de reconnaître que c'est militant, la réponse est oui» – assume M. Petithuguenin – «On compte défendre notre point de vue, défendre qu'on l'a voté tous ensemble. Mais effectivement, on prend le risque que les tribunaux nous disent “vous avez tort”. Je suis prêt à endosser ce risque et j'espère pour mon pays que je ne serai pas condamné, qu'on verra une évolution et que le législateur fera peut-être bouger les lignes» (<http://www.lemonde.fr> – visité le 9 Septembre 2017)

²² A. FERRARI, *Laïcité et multiculturalisme à l'italienne*, cit., p. 145.

²³ Voir R.BIN, *Lo stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2004.