
L'identité areligieuse de la France

Clément Benelbaz



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1221>

DOI : 10.4000/rdr.1221

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 16 novembre 2020

Pagination : 71-88

ISBN : 979-10-344-0073-7

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Clément Benelbaz, « L'identité areligieuse de la France », *Revue du droit des religions* [En ligne], 10 | 2020, mis en ligne le 16 novembre 2020, consulté le 21 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1221> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.1221>



La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

L'IDENTITÉ ARELIGIEUSE DE LA FRANCE

Clément BENELBAZ

Université Savoie Mont Blanc, Centre de recherche en droit Antoine Favre (CERDAF)

RÉSUMÉ

La laïcité unit, et sa construction historique permet sans doute d'en faire un des éléments d'identité de la France, qui serait alors areligieuse. La difficulté consiste cependant à en déterminer les contours. Surtout, si *a priori* les principes en la matière semblent stricts, leurs applications font parfois état d'assouplissements ou de dénaturation, ce qui a pour conséquence de rendre l'identité areligieuse bien moins certaine.

ABSTRACT

Laïcité tends to create bonds among society and its historical construction undoubtedly makes it one of the elements of identity of France, which would then be areligious. The difficulty, however, lies in determining its outlines. If the relevant principles in this field seem strict, their implementation sometimes results in softening or denaturing effects, leading to a less certain areligious identity.

S'interroger sur la question de l'identité areligieuse de la France implique de déterminer les principes directeurs en la matière, leur ancrage historique et juridique, et surtout s'ils constituent une spécificité propre à la France, si bien que celle-ci se démarquerait de ses voisins notamment européens, ou si finalement cette identité reposerait sur des similitudes. En effet, l'identité se définit comme le « caractère de deux ou plusieurs êtres identiques (identité qualitative, spécifique ou abstraite)¹ », ou encore comme le « caractère de ce qui est un », ou de ce qui « demeure identique à soi-même »². Dès lors, appliquée à l'État, l'identité consiste à se demander ce qui le définit, ce qui constitue son essence, sa loi commune qui doit affirmer ce qu'il existe d'universel, ce qui rassemble, ou plutôt selon l'idée de Jean-Jacques Rousseau, ce qui permet d'unir³. En matière religieuse, il s'agit *a priori* du principe de laïcité, mais tout l'enjeu est alors de savoir si celui-ci est un élément de l'identité de la France. Plus précisément, en quoi l'État serait-il areligieux ? L'est-il d'ailleurs réellement ? Le préfixe étant privatif, il s'agit de ne pas attribuer au religieux un statut privilégié, ni du reste de l'exclure : l'État laïque devrait finalement être sans religion ni dogme en la matière (donc ne pas non plus professer l'athéisme). En somme, la laïcité peut-elle constituer une loi commune, presque intangible et immuable, ou au contraire est-elle fluctuante, « latitudinaire⁴ », auquel cas il ne saurait être question d'élément identitaire de la France ?

S'il apparaît que l'identité areligieuse de la France semble *a priori* affirmée (1), elle connaît cependant certains troubles tendant à la remettre en cause (2).

1. UNE IDENTITÉ ARELIGIEUSE AFFIRMÉE

L'identité laïque de la France est le fruit d'un long processus lui conférant ainsi un certain ancrage et montrant également son attachement au principe (1,1). De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a consolidé une forme d'identité areligieuse dont les États pourraient se prévaloir (1,2).

1. Dictionnaire *TLFI* du CNRTL.

2. Dictionnaire *Le Petit Robert*.

3. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre II, ch. XI, in *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Gallimard, 1964 [1762], p. 391.

4. M. TOUZEIL-DIVINA, « Laïcité latitudinaire », *D.* 2011, p. 2, note sous CE, ass., 19 juill. 2011, *Communauté urbaine du Mans* ; « Ceci n'est pas une crèche », *JCP A* 2016, act. 853, note sous CE, 9 nov. 2016, n° 395122, *Commune de Melun* et n° 395223, *Fédération de la libre pensée de Vendée* ; *Dix mythes du droit public*, Paris, LGDJ, 2019, p. 53-84.

1.1. LA LENTE CONSTRUCTION D'UNE IDENTITÉ LAÏQUE

Certes, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, proclamée par l'Assemblée nationale « en présence et sous les auspices de l'Être suprême », ne fait pas référence à la laïcité, et se borne à reconnaître, dans son article 10, la liberté des « opinions, même religieuses ». Cependant, la Nation devient la source de la souveraineté, c'est-à-dire le monde terrestre, et non plus le divin. De plus, le texte annonce déjà le principe juridique de la séparation des Églises et de l'État et ce qu'il peut impliquer.

De même, la loi de 1905 a mis en place un régime juridique de séparation qui a servi de terreau à la laïcité, si bien que depuis, l'une et l'autre sont indissociables. Bien que dans cette loi le mot laïcité n'apparaisse pas, l'idée était omniprésente dans les esprits des auteurs de la loi, dans le rapport Briand, et dans les débats parlementaires. Aussi, l'identité areligieuse de la France repose sur la laïcité, qui elle-même est constituée d'un ensemble d'éléments formant un tout : elle ne peut en aucun cas se résumer à un seul.

En effet, la laïcité ne se réduit pas à la liberté de religion ou à la neutralité ; elle est l'un et l'autre, mais aussi davantage. Ses piliers ont été bâtis par les révolutionnaires⁵, puis consolidés en 1905 ; les deux principaux éléments étant alors la liberté de conscience et la séparation, proclamés dans les deux premiers articles de la loi, et dont le législateur a pris soin de préciser le sens.

La loi énonce en premier lieu les *principes* qu'elle entend graver sur son frontispice. L'article premier dispose : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes [...] ». Cette liberté de conscience a pour corollaire la liberté religieuse qui suppose elle-même la liberté individuelle de conscience, la liberté d'exercice du culte, et la non-discrimination entre les religions.

Cela implique également l'absence de quelque dogmatisme professé par l'État : si celui-ci est laïque, il écarte tout endoctrinement ; car il n'est ni religieux, ni antireligieux, il est areligieux⁶. Les Églises se sont trouvées affranchies de tout contrôle étatique ; l'État s'est, lui, libéré d'une tutelle

5. Que ce soit par l'article 10 de la Déclaration, par le décret qui déclare les non-catholiques admissibles à tous les emplois civils et militaires du 24 décembre 1789, ou encore celui qui donnera le statut de citoyens aux juifs du 28 janvier 1790, etc. V. C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 50-67.

6. On se souvient certainement des célèbres mots de Gambetta, « Le cléricalisme, voilà l'ennemi ! », séance du 4 mai 1877 : *JO Chambre des députés*, 5 mai 1877, p. 3284. V. également la notice « Laïcité » rédigée par F. BUISSON (1882-1887), *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, 1^{re} partie, t. II, Paris, Libr. Hachette, 1887. En effet, historiquement et étymologiquement, la laïcité s'oppose au cléricalisme, mais en aucun cas à la religion en tant que telle ; seulement à tout débordement de la sphère religieuse sur la sphère publique,

confessionnelle. En même temps, la loi, loin de restreindre les libertés liées aux religions, les proclame et assure leur protection.

Le texte pose le principe de l'absence de distinction entre les anciens cultes reconnus et les autres. En contrepartie, ces derniers sont de façon égale soumis au droit commun. Ainsi, la laïcité, pour ses initiateurs, est d'abord la garantie de l'égalité des citoyens, mais aussi des cultes. Chacun est considéré de la même façon par l'État laïque, qui n'en favorise ni n'en défavorise aucun, et l'exercice des droits et libertés n'est aucunement conditionné ou déterminé par l'appartenance ou non à une religion.

Le terme de religion majoritaire est dès lors inapproprié. Certes, le concordat de 1801 conclu entre Napoléon et le Saint-Siège avait rétabli le culte catholique comme religion d'État, et constaté que « la religion catholique apostolique et romaine est la religion de la grande majorité des citoyens français ». La Charte de 1830, quant à elle, ne voyait plus dans la religion catholique que celle « professée par la majorité des Français » selon son article 6. En revanche, depuis la loi de Séparation, le système des cultes reconnus est supprimé : il n'existe plus de religion d'État, donc plus de culte majoritaire. Les dispositions de 1905 sont valables pour les cultes qui existaient à l'époque, pour ceux implantés postérieurement (comme les cultes musulman, bouddhiste, ou encore hindouiste), mais aussi pour ceux à venir. Dès lors, et contrairement à ce que l'on avance couramment aujourd'hui, la loi ne s'opposait nullement à l'implantation de nouveaux cultes, ou de dissidents des diverses religions : Briand était d'ailleurs attaché au fait que « ce qui est accordé aux uns doit l'être à tous⁷ ». Depuis 1905, tous les cultes, quels qu'ils soient, sont considérés avec le même égard. Aucune distinction n'est opérée selon la religion ou la croyance en cause, ou selon le nombre d'adeptes.

Par ailleurs, la laïcité a d'autres implications à l'égard des personnes publiques, ce qui en constitue également des éléments identitaires : elles ne doivent en aucun cas entraver l'exercice des religions, ni s'immiscer dans les consciences individuelles, ce qui entraîne une première règle d'abstention, d'obligation négative. Mais elles doivent aussi agir si, justement, les droits et libertés se trouvent menacés ou entravés, ce qui constitue alors une règle d'action, d'obligation positive.

et inversement. La laïcité n'est pas une croyance au même titre que les autres, elle est justement ce qui permet leur liberté, leur égalité et leur coexistence pacifique.

7. Sur ce point, V. notamment A. BRIAND, *La séparation des Églises et de l'État*, rapport fait le 4 mars 1905 au nom de la Commission relative à la séparation des Églises et de l'État et de la dénonciation du Concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des Églises et de l'État, n° 2302, Chambre des députés, annexe au procès-verbal de la deuxième séance du 4 mars 1905, Paris, É. Cornély, 1905, p. 321.

L'esprit du législateur de 1905 était bien de poursuivre et de compléter l'œuvre des révolutionnaires, en construisant solidement la laïcité, afin que celle-ci soit non pas une option spirituelle parmi d'autres, mais ce qui garantit l'intégrité de chacune dans la coexistence avec les autres.

La séparation, quant à elle, n'implique pas que des droits et libertés, elle proclame également des interdictions: les principes de non-reconnaissance et de non-subvention proclamés dans la loi aident à mieux cerner et définir la laïcité, mais inversement, ils ne peuvent eux-mêmes se comprendre sans elle. L'article 2 dispose: «La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte [...]». Le principe de non-subvention est donc un élément essentiel de la séparation, et donc de la laïcité; c'est aussi une garantie que la liberté de chaque culte sera assurée. Ainsi que le soulignait Briand, ce sont les deux principes de l'article 2 qui réalisent «la séparation absolue des Églises et de l'État», ou, plus exactement, «des Églises et de la République». Il s'agit bien alors de la «neutralité et la laïcité absolue de l'État⁸».

Enfin, l'obligation de neutralité des services publics, dernier volet de la laïcité, passe par leur apparence, et l'image qu'ils donnent aux usagers. Vus de l'extérieur ou de l'intérieur, les services ne doivent donner l'impression ni de favoriser, ni de défavoriser aucun culte, aucune croyance. Sur le plan organique, il est clair que les locaux des services publics doivent être neutres, et une administration ne peut servir à un quelconque prosélytisme religieux. Il s'agit d'une condition indispensable à l'égalité de traitement entre les usagers, et à l'impartialité du service dont on ne doit pas douter. Aussi, comme il sera vu, les emblèmes religieux apposés sur les bâtiments sont en principe interdits.

Laïcité, séparation, égalité et liberté, neutralité sont intimement liées, et c'est sans doute en cela qu'elles constituent des éléments de l'identité de la France. La séparation elle-même se concevait par les trois règles: non-reconnaissance, non-salariat, non-financement: l'un ne va pas sans l'autre⁹.

8. Rapport Briand, *op. cit.*, p. 267.

9. Le Conseil constitutionnel a cependant refusé de donner valeur constitutionnelle au non-financement. En effet, lors d'une QPC (21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC, *APPEL*), il a reconnu que le principe de laïcité était composé de plusieurs éléments. Tout d'abord, il a estimé qu'il est invocable par les particuliers à l'occasion d'un litige, puisqu'il «figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit». Ensuite, il en «résulte la neutralité de l'État», mais également que la République ne reconnaît aucun culte. Le même principe «impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes», mais il «implique» que la République ne salarie aucun culte.

Il semble clair que les dispositions de l'article 2 de la loi sont indissociables, et historiquement elles ont toujours été inséparables. La séparation est une composante fondamentale de la laïcité, une de ses traductions juridiques, un de ses fondements.

Dès lors, la laïcité telle qu'elle est initialement pensée et prescrite, implique des règles à l'égard des personnes publiques, des cultes, des croyants et des non-croyants; elle confère des droits et impose des obligations. Entendue strictement, elle constitue sans aucun doute une caractéristique de l'État, un élément de son identité¹⁰.

Il existe donc une certaine singularité en France liée à son histoire, ce qui lui permet de se définir face aux faits religieux, aux différentes croyances, religieuses ou non, tout en les protégeant. Cette position areligieuse est d'ailleurs bien moins isolée qu'il n'y paraît: des influences réciproques vont se produire, le modèle français va inspirer des modèles étrangers ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme¹¹; à l'inverse, il va lui-même évoluer et s'adapter face aux exigences européennes. Quoi qu'il en soit, la Cour de Strasbourg a sans doute confirmé une forme d'identité areligieuse.

1.2. LA VALIDATION D'UNE IDENTITÉ ARELIGIEUSE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Cour européenne entend assurément protéger et véhiculer certaines valeurs communes, partagées par les sociétés démocratiques. Mais quelles sont alors les caractéristiques de ces sociétés? Quelles sont les formes d'organisation politique et les valeurs compatibles avec la Convention? Le texte ne semble cautionner qu'un régime politique « véritablement démocratique¹² »; il est clair qu'un État laïque est en parfaite adéquation avec les exigences européennes. Tout le problème consistera alors à déterminer la conception européenne de la laïcité, mais aussi à savoir si cette dernière est transposable au cas français.

10. Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*: AJDA 2004, p. 2248, note S. BRONDEL; *Europe* 2004, p. 6, note P. CASSIA; JCP A 2005, 102, note M. GAUTIER; D. 2005, p. 100, note D. CHAGNOLLAUD; RMCUE 2005, p. 5, note F. CHALTIEL; JCP A 2004, 1707, note O. GOHIN; D. 2004, p. 3075, note B. MATHIEU; RFDA 2005, p. 34, note F. SUDRE; JCP G 2004, act. 676, note M. VERPEAUX; AJDA 2004, p. 2417, note M. VERPEAUX.

11. Il ne s'agira pas ici d'aborder les relations des différents États européens avec les cultes, uniquement la position de la Cour européenne des droits de l'homme.

12. Préambule de la Convention européenne.

Tout d'abord, aux yeux des juges européens, préserver la neutralité religieuse de l'État, et de son droit, est fondamental. Dès lors, le droit de l'État – ici sa laïcité – peut prévaloir sur les libertés individuelles.

En vérité, la Cour reconnaît qu'un État puisse, notamment au nom de la laïcité, lutter contre l'extrémisme, qu'il soit politique ou religieux, et qu'il fasse respecter certaines valeurs, notamment celles diffusées par la Convention. Tel fut le cas dans l'affaire *Şahin*¹³, au sujet de l'interdiction du voile dans les universités turques qui fut validée par la Cour. Le premier objectif de la laïcité reconnu ici est la protection de la femme, éventuellement contre elle-même, donc contre son libre arbitre.

Ensuite, la Cour entend aussi combattre l'intégrisme et le fondamentalisme religieux, ainsi que tout mouvement qui aurait pour ambition d'instaurer un État théocratique ou ne respectant pas les valeurs européennes. C'est ce qui ressort particulièrement de l'affaire *Refah Partisi*¹⁴, qui fait émerger l'idée selon laquelle préserver la neutralité religieuse de l'État, et de son droit, est fondamental. La Cour a considéré que la dissolution du parti islamique, le *Refah*, prononcée en 1996 par la Cour constitutionnelle turque, sur saisine du gouvernement, ne constitue pas une violation de la Convention. Ici, il était question d'un parti cherchant à imposer la loi canonique de l'islam, et la Cour estimait « qu'il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme, et de soutenir un régime fondé sur la charia ». Compte tenu de la gravité de la menace pour l'État turc, la dissolution n'était pas disproportionnée. Pour la Cour, « la priorité était donc la sauvegarde d'un noyau de principes démocratiques, ce qui, dans ce cas précis, exigeait que la Turquie se protège elle-même¹⁵ ». Dès lors, on peut affirmer que c'est parmi ces marqueurs démocratiques essentiels, nommés « principes » par la Cour, que se trouve la laïcité.

En effet, par l'arrêt *Refah Partisi*, la Cour décide de réaffirmer les fondements de la « société démocratique », entendue au sens d'un « instrument de l'ordre public européen, un élément fondamental de l'identité du patrimoine commun des États membres du Conseil de l'Europe¹⁶ ».

13. CEDH, 29 juin 2004 et Gde ch., 10 nov. 2005, n° 44774/78, *Leyla Şahin c. Turquie*.

14. CEDH, 31 juill. 2001 et Gde ch., 13 févr. 2003, nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Refah Partisi et a. c. Turquie*.

15. G. ANTHONY, « Public law, pluralism, and religion in Europe: accommodating the challenge of globalisation », *RED publ.* n° 1, 2005, p. 47-73 [trad. par nous].

16. CEDH, Gde ch., 13 févr. 2003, *Refah Partisi et a. c. Turquie*: *RFD const.* 2004, p. 207, note M. LEVINET.

Or cette « société démocratique » est aussi laïque, puisqu'elle suppose une certaine séparation des sphères publique et religieuse ; elle seule est susceptible de garantir les droits et libertés, dont la liberté religieuse. Un régime fondé sur la charia en est l'exact opposé, alors que la laïcité interdit de montrer une quelconque préférence pour une religion ou une croyance déterminée.

Il est d'ailleurs indéniable que cet arrêt dépasse le cas d'espèce soumis à la Cour : cette dernière distingue la laïcité, puisqu'elle l'érige en valeur, garante de la paix civile et religieuse, respectueuse de la prééminence du droit, des droits de l'homme et de la démocratie. Un État démocratique doit être l'organisateur neutre et impartial de l'exercice des divers cultes, religions et croyances. Ce devoir de neutralité et d'impartialité est par conséquent incompatible avec tout pouvoir d'appréciation de la part de l'État quant à la légitimité des croyances religieuses, leur doctrine, leurs rites. L'État ne peut accorder aucune faveur ou, à l'inverse, aucune défaveur, à une croyance ou à un culte. Cependant, il doit s'assurer que tous les groupes et que toutes les croyances, bien qu'opposés, coexistent pacifiquement.

Ainsi, et à l'inverse, dans un arrêt *Müslüm Gündüz*¹⁷, la Cour condamne la Turquie qui avait poursuivi un militant de la charia, n'appelant pour autant pas à la violence pour l'établir.

Il y a donc incompatibilité entre d'une part un État théocratique et l'application de la charia, et d'autre part la Convention européenne des droits de l'homme, autrement dit les valeurs européennes. On constate d'ailleurs que le juge a été amené à condamner les peines judiciaires ou corporelles autorisées par la charia (flagellation, amputation des pieds et des mains, lapidation...), en les qualifiant de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention¹⁸.

Un lien très étroit se tisse naturellement entre le principe d'égalité et la laïcité : cette dernière constitue à la fois un moyen d'assurer à l'individu la liberté de religion, notamment en imposant à l'État un devoir de neutralité ; mais en même temps, elle est aussi un moyen de limiter l'exercice d'une religion, dès lors que celle-ci induirait des pressions exercées sur des individus.

17. CEDH, 4 déc. 2003, n° 35071/97, *Müslüm Gündüz c. Turquie*.

18. CEDH, 11 juill. 2000, n° 40035/98, *Jabari c. Turquie*, à propos de l'éloignement d'une Iranienne en situation irrégulière, condamnée dans son pays à la lapidation pour adultère. Le droit au respect de l'intégrité physique, protégé par l'article 3 de la Convention, constitue « une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe », depuis l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, n° 14038/88.

Il convient d'ailleurs de souligner que la conception française de la laïcité a reçu l'onction de la Cour européenne à plusieurs reprises : qu'il s'agisse de l'interdiction du port de signes ou de tenues par lesquels les élèves entendent manifester ostensiblement une appartenance religieuse¹⁹, ou de la neutralité qui s'impose à tout agent public²⁰. Cette position, stricte, avait d'ailleurs fait l'objet d'une validation par la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Dahlab c. Suisse* de 2001²¹. Surtout, l'arrêt *Ebrahimian c. France* en 2015²² confirme définitivement que le modèle français de neutralité est conforme aux exigences européennes.

Finalement, la laïcité est bien au service de la « société démocratique » ; cette dernière, telle que l'entend la Cour, est par conséquent laïque (l'expression « société laïque démocratique » avait d'ailleurs été employée en 1997²³). Chaque État, sous les auspices du juge européen, se doit à la fois de respecter et de protéger la liberté de conscience, de religion, d'enseignement, mais aussi le principe d'égalité, et pour cela, il doit observer une stricte neutralité. Sont alors présents tous les éléments, tous les piliers qui constituent la laïcité. De la même façon qu'il existe une symbiose, en France, entre République et laïcité, il en est de même entre société démocratique et valeurs de la laïcité : les deux se combinent, se conjuguent, et finalement, tendent parfois à se confondre.

La Cour européenne des droits de l'homme a certes voulu créer un socle de valeurs communes en imposant aux États de protéger la liberté de religion (elle a souligné d'ailleurs à maintes reprises le caractère subsidiaire de la Convention concernant les rapports qu'entretiennent les Églises avec les États, et la façon dont doit être garantie la liberté religieuse), mais aussi

19. Depuis la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics et dont l'article premier crée l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation. CEDH, déc. 30 juin 2009, n° 43563/08, *Tuba Aktas* ; n° 43563/08, *Hatice Bayrak* ; n° 18527/08, *Mahmoud Sadek Gamaleddyn* ; n° 29134/08, *Sara Ghazal* : JCP A 2009, 2263, note F. DIEU ; AJDA 2009, p. 2077, note G. GONZALEZ. V. aussi F. DIEU, « Le principe de laïcité érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'Homme », RDP 2010, p. 749-769.

20. Depuis l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000, *Mlle Marteaux* : *Lebon*, p. 169.

21. CEDH, 15 févr. 2001, n° 42393/98, *Dahlab c. Suisse* : AJDA 2001, p. 482, note J.-F. FLAUS ; RFDA 2003, p. 536, note N. CHAUVIN, au sujet d'une institutrice de l'enseignement public primaire, sanctionnée car elle avait refusé de retirer son voile en classe. Son comportement fut considéré comme constituant une atteinte à la neutralité confessionnelle de l'école publique.

22. CEDH, 26 nov. 2015, n° 64846/11, *Ebrahimian c. France*.

23. Comm. EDH., rapp. 2 déc. 1997, n° 24645/94, *Buscarini et a. c. République de Saint-Marin*.

rappeler, une fois cette protection assurée, qu'aucune liberté n'est absolue. La juridiction entend désormais donner une définition particulière à la liberté de religion, qu'elle considère comme intrinsèque à toute société démocratique, comme l'un des fondements de la démocratie. Ce droit est celui d'avoir une religion ou non, donc d'être athée, agnostique, ou de choisir une spiritualité ou une morale, individuellement ou collectivement.

Dès lors, pour être considérée comme un élément de l'identité de la France, la laïcité implique que l'ensemble des éléments qui la composent soit intégré et respecté de façon stricte : c'est en tout cas ainsi qu'elle fut conçue originellement, de façon globale, claire, cohérente et prévisible, et permettant de garantir les droits de l'État et des citoyens, tout en imposant également certaines obligations. Ce n'est qu'ainsi que l'areligiosité étatique peut être assurée. Cependant, il apparaît que cette identité traverse quelques turbulences et se trouve fragilisée.

2. LES TROUBLES DE L'IDENTITÉ ARELIGIEUSE

La loi de 1905 et la laïcité, on l'a vu, impliquent un certain nombre de droits pour les citoyens, qu'ils soient croyants ou non, mais également des obligations pour les personnes publiques. Or celles-ci tendent à faire l'objet d'assouplissements, ce qui conduit à une certaine confusion, voire à une laïcité à géométrie variable (2.1). Enfin, la question de savoir si la laïcité serait un des éléments de l'identité constitutionnelle de la France est loin d'être tranchée (2.2).

2.1. UNE IDENTITÉ ARELIGIEUSE À GÉOMÉTRIE VARIABLE

La laïcité est souvent présentée comme étant un principe trop strict ou trop contraignant, aussi conviendrait-il de procéder à un certain nombre d'assouplissements et d'aménagements, donc de justifier des faveurs, des traitements préférentiels, ou des privilèges à l'égard de certains cultes, de certains groupes ou de certains croyants. Or réduire empiriquement la laïcité à la neutralité ou à la seule liberté religieuse ne serait-ce pas, finalement, occulter l'égalité entre les cultes, la Liberté et leurs libertés, mais aussi la séparation ? En somme, cela ne reviendrait-il pas à renier son identité areligieuse pourtant fortement ancrée ? Ne voir en elle que la neutralité peut revenir aussi à la condamner à stagner, à l'empêcher d'évoluer et de s'adapter. C'est notamment ce qu'avait déjà présagé Jaurès, qui fut au nombre des

législateurs de la loi du 9 décembre 1905, et qui disait au sujet de l'école : « La plus perfide des manœuvres des ennemis de l'école laïque, c'est de la rappeler à ce qu'ils appellent la neutralité, et la condamner par là à n'avoir ni doctrine, ni pensée, ni efficacité intellectuelle et morale. En fait, il n'y a que le néant qui soit neutre²⁴. »

La question de la neutralité des personnes publiques, c'est-à-dire plus précisément de leurs bâtiments, mais aussi de l'espace public, semblait *a priori* tranchée par la loi de 1905. Or, depuis quelques années, un certain nombre de remises en cause apparaissent. À ce titre, on peut citer la célèbre querelle relative à la présence de crèches dans des mairies ou dans certains services publics. Depuis 2014, plusieurs communes ou régions ont fait parler d'elles en installant de telles structures, et surtout en donnant lieu à du contentieux. Aussi, ce qui était un phénomène confidentiel a fini par prendre une ampleur juridique. En effet, plusieurs juges eurent à statuer sur la légalité ou non de la présence de ces crèches, et les positions furent loin d'être unanimes.

Saisi des affaires tranchées par les cours administratives d'appel de Paris et de Nantes²⁵, le Conseil d'État a rendu deux arrêts le 9 novembre 2016, mais sans véritablement régler la question ni clarifier la situation²⁶. En effet, le juge autorise ici, sous conditions, l'installation de crèches de Noël : relevant que la crèche est « une représentation susceptible de revêtir une pluralité de significations », notamment de caractère religieux, le Conseil d'État estime également qu'il s'agit d'un élément « faisant partie des décorations et illustrations qui accompagnent traditionnellement, sans signification religieuse particulière » les fêtes de fin d'année. En somme, est à la fois reconnue aux crèches une dimension religieuse et une dimension non religieuse, donc culturelle, voire identitaire. Dès lors, les arrêts considèrent que si la crèche est culturelle, en raison notamment du contexte, elle sera autorisée ; si en revanche elle est accompagnée « d'éléments de prosélytisme », ou s'il n'y a pas d'usages locaux, elle sera interdite. De même, le Conseil d'État distingue selon les lieux : dans l'enceinte des bâtiments publics, sauf circonstances

24. J. JAURÈS, « Neutralité ou impartialité », *Revue de l'enseignement primaire et primaire supérieure*, n° 1, 1908, p. 4-10.

25. CAA Paris, 8 oct. 2015, n° 15PA00814, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne* et CAA Nantes, 13 oct. 2015, n° 14NT03400, *Département de la Vendée*.

26. CE, 9 nov. 2016, n° 395122, *Commune de Melun* et n° 395223, *Fédération de la libre pensée de Vendée* : AJDA 2016, p. 2375, note L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; JCPA 2016, 2309, note N. CHIFFLOT ; JCP A 2016, act. 853, note M. TOUZEIL-DIVINA. V. également P.-H. PRÉLOT, « Les crèches de Noël devant le juge administratif », *Revue du droit des religions*, n° 1, 2016, p. 147-153.

particulières, le caractère culturel sera difficilement admis. En revanche, dans d'autres emplacements publics, « eu égard au caractère festif », la crèche peut être autorisée.

Dès lors, il apparaît que le principe de neutralité, à première vue limpide, est sujet ces derniers temps à de multiples interprétations qui finissent par l'opacifier. C'est alors l'areligiosité des personnes publiques et de l'espace public qui est remise en cause, puisqu'il devient possible d'afficher une identité religieuse.

Pourtant de telles difficultés ne sont pas insurmontables. En effet, l'obligation de neutralité passe par l'apparence des services et personnes publics, et par l'image qu'ils donnent aux usagers. Vus de l'extérieur ou de l'intérieur, les services ne doivent donner l'impression ni de favoriser, ni de défavoriser aucun culte, aucune croyance. Sur le plan organique, il est clair que les locaux des services publics doivent être neutres, afin de lever tout soupçon de prosélytisme religieux. Il s'agit d'une condition indispensable à l'égalité de traitement entre les usagers, et à l'impartialité du service dont on ne doit pas douter.

Aussi, les emblèmes religieux apposés sur les bâtiments publics – que ceux-ci soient affectés aux divers services publics ou à d'autres usages, comme, par exemple, les monuments aux morts – sont interdits. De façon plus générale, la loi du 9 décembre 1905, en son article 28, « interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions ». Le cas échéant, il revient au juge administratif de se prononcer sur la nature religieuse ou non de l'emblème, du signe ou du logotype en cause.

Dans son rapport, Briand précisait que l'interdiction a le même but que les autres articles de la loi, c'est-à-dire réaliser la neutralité stricte de la part ou à l'égard des associations culturelles. Il soulignait d'ailleurs, et cette précision est de taille : « Les emblèmes religieux déjà élevés ou apposés demeurent et sont régis par la législation actuelle. L'article ne dispose que pour l'avenir²⁷. » Des explications furent ensuite données lors des débats à la Chambre : « Il s'agit ici d'emblèmes, de signes extérieurs ayant un caractère spécial, c'est-à-dire destinés à symboliser, à mettre en valeur une religion », en somme, « des objets qui ont un caractère nettement symbolique, qui ont été érigés moins

27. Rapport Briand, *op. cit.*, p. 334.

pour rappeler des actions d'éclat accomplies par les personnages qu'ils représentent que dans un but de manifestation religieuse²⁸ ».

De plus, le législateur avait pris soin de définir ce qu'il entendait par l'expression « emplacement public » : celui-ci concerne les rues, les places publiques ou les édifices publics, autres que les musées ou les églises, donc tout ce qui relève de la propriété de l'État, du département ou de la commune, car « ce domaine est à tous, aux catholiques comme aux libres penseurs ». Ces derniers doivent être protégés contre toute forme de manifestation religieuse par le biais de signes ou de symboles. Il n'est donc nullement question « d'empêcher un particulier, si c'est son goût, de faire décorer sa maison de la manière qui lui plaira, même si cette maison a sa façade sur une place ou une rue²⁹ ». Dès lors, et dans l'esprit du législateur de 1905, l'obligation de neutralité dans les emplacements publics ne s'imposait qu'aux seules personnes publiques, en aucun cas aux particuliers, ce qui d'ailleurs limite singulièrement l'extension de l'obligation de neutralité dans la sphère privée.

La loi souhaitait respecter le passé, et l'interdiction ne pouvait valoir que pour la postérité. Donc le législateur entendait clairement préserver ce qui relevait du culturel, ou comme le précisait Briand, avait « quelque souci des choses de l'art ». Aussi, les emblèmes existants étaient laissés, ce qui impliquait également le « droit de les réparer pour les tenir en bon état³⁰ ». Pour l'avenir, il ne pouvait en aller qu'autrement, il n'était pas question d'exposer au regard des citoyens, qui « peuvent ne pas partager [les croyances catholiques], des objets exaltant » une foi et symbolisant une religion. L'esprit de la loi démontrait alors un fort libéralisme et un souci de protéger à la fois le cultuel, le culturel, et les droits des citoyens, qu'ils soient croyants ou non. Surtout, il était alors clair que les éléments religieux avant 1905 faisaient partie de son histoire, de son patrimoine, qu'il n'était pas question de nier ; après 1905 en revanche, la France devenait areligieuse³¹.

Or les décisions de novembre 2016 ajoutent sans doute à la confusion, en créant d'abord des exceptions là où le texte de 1905 n'en mentionne pas,

28. Séance du 27 juin 1905 : *Annales de la Chambre des députés*, p. 1047.

29. *Ibid.*

30. De même, c'est pourquoi ne fut pas instauré de calendrier républicain, les fêtes religieuses sont restées des fêtes publiques, et les calvaires n'ont pas été détruits.

31. V. C. BENELBAZ, « La distinction entre cultuel et culturel », in H. MOUANNÈS (dir.), *La territorialité de la laïcité*, Actes du colloque organisé le 28 mars 2018 à l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, p. 83-126.

notamment quant au contexte et au lieu de l'installation du signe religieux³². Ensuite, en faisant de la crèche un objet mixte, qui peut être tantôt cultuel tantôt culturel, la solution retenue manque de clarté et de prévisibilité : comment savoir à l'avance si la crèche est culturelle ou cultuelle, donc si elle est autorisée ou non ? Telles sont les interrogations qui restent en suspens, et l'application de cette jurisprudence du Conseil d'État montre que les problèmes demeurent plus nombreux que les solutions qui se trouvaient, sans doute, dans le texte initial.

Surtout, cela conduit à une forme de dénaturation de principes initiaux garantissant l'égalité entre toutes les croyances, et à laisser penser qu'une personne publique pourrait manifester une préférence à l'égard d'un culte ; en somme, qu'elle pourrait afficher une identité autre que laïque. Pourtant, on envisage difficilement qu'une commune érige sur sa place municipale un minaret ou une statue de Bouddha...

Or ces aménagements de la loi de 1905, socle de l'areligiosité, sont relativement nombreux, et ne concernent pas que le principe de neutralité, mais aussi la séparation et le non-financement des cultes³³ : ici encore il peut sembler que des collectivités affichent une préférence à l'égard d'un culte en lui attribuant des financements publics³⁴.

Quoi qu'il en soit, si des exceptions étaient certes prévues dans le texte initial, et cela de façon cohérente, les accroître, notamment par le biais de la jurisprudence, crée nécessairement de la confusion, et fait douter du fait que l'ensemble des personnes publiques soient finalement areligieuses. Enfin, il n'est pas non plus évident que la laïcité puisse être considérée comme étant un élément de l'identité constitutionnelle de la France.

32. À l'inverse, fut relevée l'évidente dimension religieuse de la statue du Pape Jean-Paul II surmontée d'une croix monumentale, érigée sur une place publique : CE, 25 oct. 2017, *Fédération morbihannaise de la libre pensée et a.* : JCP A 2017, 2277, note H. PAULIAT ; D. 2018, p. 56, note C. ALONSO. Pour d'autres exemples d'interprétations contradictoires de statues de la Vierge sur le domaine public, V. TA Grenoble, 29 janv. 2015, n° 1200005, *Fédération de Haute-Savoie de la libre pensée* ; 24 nov. 2016, n° 1601629, *Fédération de Haute-Savoie de la libre pensée* ; 3 oct. 2019, n° 1603908 : JCP A 2019, 2322, note C. BENELBAZ.

33. V. par ex. CE, ass., 19 juill. 2011, n° 308544, *Commune de Trélazé* ; n° 308817, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. P.* ; n° 309161, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans Métropole* ; n° 313518, *Commune de Montpellier* ; n° 320796, *Mme V.* Ou encore CE, 4 mai 2012, n° 336462, *Fédération de la libre pensée et d'action sociale du Rhône et Picquier c. Communauté Sant'Egidio et commune de Lyon* : RLCT 2012, n° 82, note O. CARTON.

34. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs refusé de donner valeur constitutionnelle au principe de non-financement : 21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC, *APPEL*.

2.2. LA QUÊTE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE LAÏQUE

La notion d'identité constitutionnelle est assurément extrêmement délicate à cerner et à définir : celle-ci apparaît en droit français suite à la décision du Conseil constitutionnel de 2006 *Droits d'auteurs*³⁵, qui permet de faire obstacle à la transposition d'une directive européenne si celle-ci va à l'encontre « d'une règle ou d'un principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ». Pourtant, le Conseil n'a jamais précisé ce qu'il fallait entendre par là, ni les éléments qui constituaient cette identité³⁶. S'il apparaît alors que la formulation est sans doute « accidentelle³⁷ », Danielle Rojas affirme que ce terme désigne « ce qui distingue la Constitution d'un ordre juridique, au sens formel comme au sens matériel, des Constitutions des autres ordres juridiques³⁸ ». En vérité, l'identité constitutionnelle relèverait davantage de « l'intuition » ou « de l'instinct », mais elle a assurément une fonction de défense. À ce sujet, Dominique Rousseau estimait d'ailleurs qu'elle agit comme un « bouclier de l'identité nationale³⁹ ». Dès lors, la question se pose nécessairement de savoir si la laïcité pourrait en faire partie⁴⁰ ; il s'agit sans doute d'une des premières réponses que « l'instinct » dicterait, et le principe est souvent présenté comme étant une spécificité française.

Pourtant, il semble délicat de considérer que la laïcité, finalement non définie par la Constitution, puisse être considérée comme un élément de l'identité constitutionnelle de la France, qui n'est également pas définie. De plus, on l'a vu, le principe connaît un certain nombre d'exceptions, notamment en raison d'interprétations jurisprudentielles souples. D'ailleurs, ces éléments font même dire à Mathieu Touzeil-Divina que la laïcité, en tant que principe constitutionnel, constitue un des « mythes du droit public⁴¹ ».

35. Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

36. V. L. BURGORGUE-LARSEN, « Les origines de l'identité constitutionnelle », *RGDI publ.* 2014, p. 483-499 ; F. DIEU, « La place de la laïcité en droit interne », *RGDI publ.* 2014, p. 615-637.

37. D. ROJAS, *L'utilisation de la notion d'identité constitutionnelle. Recherche axée sur les acteurs de la mobilisation de l'identité constitutionnelle nationale dans l'Union européenne*, thèse, Université Paris-Est, 2019, p. 20.

38. *Ibid.*, p. 31.

39. D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, p. 89-100.

40. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La laïcité : composante de l'identité constitutionnelle de la France ? », in *Constitution, justice, démocratie. Mélanges en l'honneur de Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ, 2020.

41. M. TOUZEIL-DIVINA, *Dix mythes du droit public*, op. cit., p. 53-84.

En vérité, il semblerait que pour l'identité constitutionnelle, le Conseil se borne à reprendre à son compte les termes de l'article F du traité sur l'Union européenne, ajouté par le traité de Maastricht, selon lequel « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques⁴² ». La notion d'identité nationale se retrouvera alors sous les traits de la laïcité à l'occasion de deux affaires tranchées par la Cour de justice de l'Union européenne le 14 mars 2017, *Samira Achbita* et *Asma Bougnaoui*⁴³. Dans la première affaire, il était question d'une employée de société belge qui fournissait des services d'accueil et de réception, et qui avait manifesté à son employeur son souhait de porter le foulard pendant son travail. L'entreprise avait alors *a posteriori* modifié le règlement intérieur, afin d'interdire, sur le lieu de travail, tout signe visible manifestant une quelconque conviction (politique, philosophique ou religieuse). Suite au refus de l'employée de s'y soumettre, elle avait été licenciée. Dans la deuxième affaire, la salariée, française, avait été licenciée quant à elle suite à son refus de ne plus porter le voile après une plainte d'un client.

Dans les deux cas la question était de savoir si l'on était en présence ou non de discriminations au sens de la directive 2000/78. Pour la première affaire, la Cour estime que la règle interne à l'entreprise n'instaurait pas une différence de traitement directement fondée sur la religion ou sur les convictions, en tout cas pas si l'obligation est objectivement justifiée par un objectif légitime. Or, la poursuite par l'employeur d'une politique de neutralité peut constituer un tel objectif, dans la mesure où les moyens utilisés pour l'atteindre sont nécessaires et proportionnés. Quant à l'affaire *Bougnaoui*, la Cour souligne que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits des clients ne peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle, au sens de la directive. Par conséquent, si les demandes de clients, causes subjectives, ne peuvent constituer de motifs valables à une interdiction de signes, la recherche de la neutralité, cause objective, peut l'être. En tout état de cause, les restrictions dans l'entreprise doivent être nécessaires et proportionnées⁴⁴.

42. V. Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

43. CJUE, Gde ch., 14 mars 2017, n° C-157/15, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voorracismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV* et n° C-188/15, *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*.

44. Ce qui revient peu ou prou à la solution adoptée par la Cour de cassation dans l'affaire *Baby-Loup* le 25 juin 2014, ou à la rédaction de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail, tel que modifié suite à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la

Surtout, il convient de souligner ici que le gouvernement français avait demandé à la Cour de prendre en compte le respect dû à l'identité nationale des États membres, et notamment la laïcité. D'ailleurs les conclusions de l'avocat général précisait la position de la France, selon laquelle « le champ d'application de la directive [en cause] est limité, concernant le service public, par le principe de laïcité, consacré par la Constitution française. La France invoque à cet égard l'article 4, paragraphe 2, TUE, qui oblige l'Union à respecter l'identité nationale des États membres, qui est inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles⁴⁵ ».

Quoi qu'il en soit, ni l'identité constitutionnelle ni l'identité nationale ne sont précisées par les juges, et il semble difficile d'y intégrer définitivement la laïcité dans la mesure où elle connaît elle-même en droit interne un certain nombre de remises en cause.

Ici est sans doute le cœur du problème : pour être considérée comme un élément d'identité, il ne suffit pas qu'elle s'impose comme une évidence, encore faut-il qu'elle soit respectée dans son ensemble, sans exceptions ; une identité ne peut être partielle ou hésitante, elle doit être affirmée.

Tel était alors sans doute le cas lorsque la laïcité fut conçue initialement et consacrée en 1905 : elle n'est pas négation ou refus du fait religieux ; l'État laïque n'est pas religieux, ni anti-religieux, il est censé être définitivement areligieux. Cette ignorance du religieux est aussi profondément empreinte de respect, car les deux sont indissociables. La République entend protéger l'organisation des croyants, mais aussi les manifestations de leur foi, sans porter un quelconque jugement. Ces libertés doivent non seulement s'opérer dans le respect de l'égalité, mais aussi dans le respect des autres libertés, et du droit de l'État. La laïcité est un principe de concorde, de vivre ensemble, de coexistence pacifique ; elle unit, bien plus qu'elle ne divise. C'est pourquoi elle est indubitablement et intrinsèquement liée à la République, elle lui est consubstantielle. Les deux sont en symbiose, la laïcité doit passer dans le droit, et du droit doit passer dans la laïcité pour en faire un principe. *In fine*, ce dernier ne se comprend entièrement que par un retour aux sources, et

modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, qui dispose : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché. »

45. V. notamment F. LARONZE et M. SCHMITT, « La religion et le travail au milieu du gué européen : sur la méthode juridico-politique des avocats généraux près la CJUE », *Revue du droit des religions*, n° 3, 2018, p. 125-137.

Clément BENELBAZ

à son étymologie : il ne s'oppose pas au fait religieux, mais au cléricalisme, c'est-à-dire à tout débordement de la sphère religieuse sur la sphère publique, et inversement.

Pourtant, la laïcité a toujours connu des crises, parfois violentes, c'est pourquoi il apparaît nécessaire de réaffirmer le principe, afin de mieux les surmonter.