

Ce que le droit fait à la laïcité

La laïcité – au moins depuis que le mot existe, donc depuis la fin du 19^e siècle – n’a cessé d’interroger ceux qui l’utilisent comme ceux qui y sont soumis, c’est-à-dire tous les citoyens. Après une guerre idéologique forte au moment de l’adoption de la loi qui en 1905 en fixe le régime, la laïcité est devenue au mi-temps du 20^e siècle un principe constitutionnel de définition de la République. Même si les conflits que ce principe a suscités ont été violents autour de l’école, c’est à la fin du 20^e siècle, à partir de la dite affaire de Creil des jeunes filles portant foulard, que la laïcité est redevenue un enjeu majeur de conflit politique – situation internationale aidant et survenance des attentats islamiques.

Aujourd’hui la laïcité résume, dans le seul mot, un complexe de situations, de positions, sinon de postures. C’est dire que la laïcité peut-être abordée par différentes approches.

- La première, qui est la plus spontanée, est certainement l’approche idéologique. Qu’est-ce qu’une idéologie ? Une représentation du monde qui a vocation non seulement à l’expliquer mais surtout ouvre sur une pratique possible. Ce que l’idéologie fait à la laïcité, c’est d’en donner une explication facile et immédiatement utile. La laïcité c’est pour beaucoup encore l’anti religion, l’arme pour combattre des idéologies nées de révélations qui n’auraient d’autre but que de soumettre ceux qui y adhèrent à un ordre implacable. Les membres des religions ont beau jeu de dénoncer un usage guerrier de ce principe qui, en réalité, supprimerait le droit à la croyance et à son expression. Mais, « en face », ceux qui se proclament les défenseurs de cette laïcité peuvent facilement montrer comment les représentants religieux contribuent à soumettre des populations à un ordre irrécusable et autoritaire dans une représentation du monde dont l’origine échapperait aux hommes tout autant que son développement. Aujourd’hui, après le catholicisme, c’est l’Islam qui fait office d’adversaire à dénoncer. Pour les plus radicaux de ces laïcs la religion ne serait qu’une forme sociale du passé dont les découvertes scientifiques ruinerait, aujourd’hui, toute pertinence. Comme l’avait dit Frédéric Engels, la religion aurait vocation à rejoindre dans les musées, le rouet et la hache de guerre, vieux instruments du passé^[1]. C’est bien cette représentation qui anime encore les discours et les communiqués de personnes ou d’organisations – la laïcité est donc idéologique de part en part.

- Tout proche de cette position, on peut analyser la laïcité comme un positionnement politique. La politique c’est l’organisation réglée d’un conflit de représentations et d’intérêts selon les procédés du débat, mais aussi la conquête de postes de pouvoir. C’est bien ainsi, à la fin du 19^e siècle en France, qu’apparaît la question de la laïcité. Le débat que ce principe ouvre conforte une division bien antérieure entre conservateurs et progressistes. Les premiers, en attaquant le principe de laïcité, veulent défendre une conception mais aussi une pratique du pouvoir fondée sur la hiérarchie des positions sociales, sur le maintien des valeurs traditionnelles et sur une organisation très contrôlée du pouvoir, même si elle ménage une part à la démocratie souvent formelle. La laïcité, comme « anti-religion » ne pourrait qu’ouvrir la voie à des contestations qui saperaient les fondements mêmes de l’ordre social et politique. En fait, pour ces conservateurs, la religion fait partie du gouvernement des hommes en lui assurant la stabilité. Au contraire les progressistes défendent un projet fondé sur la liberté et l’autonomie de la volonté de chacun qui entraîne que l’État ou la République ne puisse intervenir dans un domaine relevant essentiellement d’un choix individuel, même sans avoir à se prononcer sur le caractère dépassé ou non des idéologies religieuses. Ils pensent que les options religieuses dépendent des individus et ne sauraient être l’objet de choix émanant de l’État ou de l’administration, qui n’ont aucune légitimité à intervenir dans ce domaine. On voit aujourd’hui que les combats politiques sur la laïcité ont presque changé de camp. Alors que ce principe politique était l’apanage de la gauche et des partis progressistes – au

nom des droits de l'Homme et de la Démocratie – et que la Droite conservatrice essayait de limiter au moins la portée de ce principe et de faire respecter les particularismes religieux, y compris à l'école, la situation de la fin du 20e siècle et du début du 21e a presque inversé les rôles. La Droite, traditionnellement critique à l'égard de la laïcité, en est devenue le chantre – jusqu'à l'extrême Droite. Les discours de François Baroin comme de Jacques Chirac au moment de la préparation de la loi de 2004 sur la neutralité des élèves à l'école, puis ceux de Nicolas Sarkozy sur l'Islam et la burqa (qui pourtant n'effaçaient pas le discours du Latran) faisaient que les défenseurs de la laïcité étaient ceux qui, hier, défendaient l'école catholique contre un système éducatif unique et laïque. L'extrême Droite trouvait d'ailleurs dans cette promotion de la laïcité un thème nouveau, tout entier certes, tourné vers la critique de l'Islam et l'islamisation de la société, destructrice de « l'identité nationale ». Pendant ce temps, la Gauche tenait un discours certes traditionnellement laïque, mais sans force, avec même à ses extrêmes, le partage de la critique des religions, surtout de l'Islam au nom de la culture nationale ! Ainsi les positionnements politiques font de la laïcité une question essentiellement politique et dépendante des avantages électoraux que les partis espèrent en tirer.

- Reste un autre positionnement, que l'on peut réputer être celui du terrain philosophique. L'idée de liberté dans l'expression des sentiments et des rites religieux est certes plus ancienne que celle de laïcité, mais elle en constitue la matrice première. Car pour faire laïcité, il faut commencer par accepter l'idée que les convictions et les pratiques religieuses sont affaire de conscience personnelle. Or cette affirmation contredit ouvertement les plus anciennes traditions et surtout les pratiques sociales en la matière. Si religion signifie « relier », alors la religion est le ciment premier de ce qui relie les individus dans une société. Plus même, elle apparaît comme un lien si ancien et si nécessaire qu'on ne saurait douter de sa nécessité pour assurer la paix des rapports sociaux. Transmise de génération en génération, la pratique religieuse (et peut-être aussi la foi) assure l'unité et la continuité. Tout d'ailleurs, dans les énoncés religieux, rappelle le fondement du lien social et sa sacralité, évitant à la société le délitement.

Il a fallu une véritable révolution intellectuelle pour que la pensée philosophique puisse affirmer, avec l'autonomie du sujet, l'idée que la religion pourrait être l'objet d'un choix individuel. Descartes prend mille précautions au début du 17e siècle pour échapper à la censure- et surtout à un procès en hérésie- pour affirmer la liberté du sujet pensant et maintenir « l'hypothèse » d'un dieu qui assure la cohérence et le maintien du monde. Pourtant il sera obligé de s'exiler en Hollande pour être sûr de sa liberté. Quelques décennies plus tard, c'est Pierre Bayle qui affirme ouvertement que la religion est affaire de choix et que la pluralité des choix contribue à une divine harmonie. On sait comment il sera rejeté des cercles protestants, au motif qu'il ne préserve pas la sainteté de certaines révélations.

C'est donc bien ce mouvement de pensée qui explosera au siècle suivant où l'idée de liberté gagne de plus en plus de terrain philosophique. Malgré ses limites, le traité de la Tolérance de Voltaire est un réquisitoire contre la tradition d'une religion imposée et un hymne au choix personnel.

C'est cette philosophie de la liberté, à partir de la Révolution, qui travaillera tout le 19e siècle, appuyée désormais sur une philosophie des sciences, même humaines, délibérément séparées de la croyance religieuse. A la fin du siècle, les revendications des partisans de la liberté font un pas avec l'invention d'un nouveau mot ; laïcité qui apparaît vers 1870. L'idée, c'est que la laïcité est plus que la seule liberté de choix et de pratique : c'est aussi la garantie de la neutralité de l'État et de tout l'espace public.

Ainsi, idéologie, politique et philosophie se partagent largement le champ des représentations et des pratiques sociales qui caractérisent la laïcité.

Alors, que peut faire le droit dans une situation déjà si largement organisée ? Ce que le droit fait à la laïcité, c'est de la rendre concrètement possible en l'arrachant au pur domaine des idées. Certes, comme on l'a vu, le régime des idées est essentiel pour donner consistance à l'idée de laïcité – mais il faut passer de l'idée à la mise en œuvre. Les textes, les discours et les postures ne suffisent pas.

Ce que le droit fait avec les différentes techniques dont il dispose, et par les institutions qu'il organise, c'est une mise en œuvre d'une idée pour en faire un standard de vie sociale. Cette action s'inscrit à deux niveaux : d'abord dans celui de la définition du concept de laïcité comme concept de droit (I); ensuite dans le registre du régime juridique auquel ce concept renvoie (II).

I. CE QUE LE DROIT FAIT A LA DÉFINITION DE LA LAÏCITÉ

Parlons d'une définition du droit.

Le droit est une représentation de la réalité sociale, mais c'est une représentation construite – ce n'est pas la réalité elle-même, mais une convention selon laquelle la réalité sera produite. Chaque époque et chaque société a déterminé des modèles pour cette convention et pour cette construction.

Il est donc important de comprendre que rien ne s'impose par soi-même : il n'y a ainsi aucune évidence dont le droit serait seulement le reflet. Cette compréhension constructiviste du droit permet de comprendre que tous les concepts – pour nous ici la laïcité – n'ont de valeur et de sens que par rapport à une représentation d'ensemble qui donne sens. Il faut donc se défaire d'une vision « naturaliste » du droit qui serait le reflet du réel.

Sur cette base, on comprend alors que tout concept juridique n'a de sens que par rapport à la construction d'ensemble : ici la laïcité ne peut donc trouver place que dans un univers juridique déjà construit, celui de la République, de l'État de droit et du régime des libertés mis en place au long du 19^e puis du 20^e siècle.

La laïcité est définie comme un des principes, nouveau d'ailleurs, dans la France républicaine du début du 20^e siècle. Un principe se distingue d'une valeur – comme celles du triptyque républicain – car elle a une vocation pratique permettant de donner, dans un domaine donné, tout son sens à la liberté de chacun et de tous, à l'égalité et à la fraternité.

Ce principe organise désormais et de manière nouvelle la République sur les deux plans qui la caractérisent : l'exercice de la liberté et la séparation entre l'État et la société civile incluant les Églises.

La laïcité comme une définition de la liberté

Bien évidemment, la laïcité est fille de la Révolution, au sens où elle commence à apparaître dès 1789 même si elle n'est véritablement organisée qu'en 1905.

1. Sur le plan des principes, la laïcité met fin à tout régime de tolérance – avec laquelle pourtant elle est régulièrement associée. Paul Ricœur a bien analysé les différents sens possibles de la tolérance, et c'est toujours le premier sens, le plus banal et le plus confortable qui domine. La tolérance apparaît comme la vertu de ceux qui connaissent la vérité mais qui ne l'imposent pas, en laissant à ceux qui sont dans l'erreur la possibilité d'y demeurer. Cette position de surplomb était la seule ouverture possible dans une société comme celle de l'Ancien Régime, qui se fondait sur une révélation et une doctrine. On pouvait, à la marge, accepter que certains se trompent, dans l'attente qu'un jour tous soient réunis dans la vérité. C'est exactement le propre de l'édit de Nantes en 1598, et en filigrane celui de l'édit de Tolérance de 1787. Cette convention a été déchirée au tout début de la Révolution : les discours, au moment de la discussion de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, d'août 1789, en témoignent. L'un des plus véhéments reste celui du pasteur Rabaut Saint-Étienne, à qui il faut laisser la parole : il vaut la peine de citer le passage central du discours qu'il prononce.

Je demande de déclarer que tout citoyen est libre dans ses opinions, qu'il a le droit de professer son culte et qu'il ne doit point être inquiété pour sa religion (...). La liberté des opinions et de la pensée est un droit inaliénable et imprescriptible (...). Mais, Messieurs, ce n'est pas même la tolérance que je réclame, c'est la liberté. La tolérance, le support, le pardon, la clémence, idées souverainement injustes envers les dissidents tant qu'il sera vrai que la différence de religion, que la différence d'opinion n'est pas un crime. La Tolérance ! Je demande qu'il soit proscrit à son tour, et il le sera, ce mot injuste qui ne nous présente que comme des citoyens dignes de pitié, comme des coupables auxquels on pardonne.

Je demande pour les protestants français, pour tous les non-catholiques du royaume, ce que vous demandez pour vous : la liberté, l'égalité des droits(...). (Je propose) : « Tout homme est libre dans ses opinions, tout citoyen a le droit de professer librement son culte et nul ne peut être inquiété à cause de sa religion »^[2].

Ainsi, le premier élément définissant la laïcité est le passage de l'idée de tolérance – qui suppose une vérité reconnue par la société et par l'État – à l'idée de liberté – qui suppose qu'aucune instance ne peut dicter ce qu'est la vérité à quiconque. Le pas est considérable et il est infiniment regrettable que deux siècles plus tard, certains continuent à penser la laïcité à partir du concept de tolérance. Au mieux faudrait-il dire que la laïcité impose une compréhension mutuelle entre tous les citoyens, aucun ne détenant la vérité.

2. Alors le concept de laïcité est fondé entièrement sur la valeur Liberté.

Et celle-ci prend deux formes :

La première c'est celle de la liberté individuelle. Ici, pas d'innovation. Le régime démocratique est fondé sur la liberté et l'égalité des citoyens (article 1er de la Déclaration) : la liberté de penser et de s'exprimer (article 10 et 11) est la conséquence concrète de ce qui, sinon, ne serait qu'une affirmation sans prise sur le réel. Libres et égaux, les citoyens le sont dans leurs choix les plus intimes et personne ne peut attenter à cette liberté de la conscience. Celle-ci se caractérise par le fait qu'elle est pour chaque individu la reconnaissance du droit de choisir de croire ou de ne pas croire. Il faut dire que cette affirmation juridique contrevient absolument à la réalité sociologique : tout le monde sait que la revendication d'une croyance et bien plus l'effet d'une appartenance sociale et d'une éducation que le résultat d'un choix personnel. Toute la sociologie et l'anthropologie depuis le 19e siècle ont montré comment le poids social des traditions et des cultures transmises intervenait dans la revendication d'une croyance. Cela permet de rappeler que le Droit n'est pas le reflet simple des mécanismes sociaux et met en œuvre des principes et des modalités qui peuvent battre en brèche les mécanismes ordinaires de la société – on ferait les mêmes observations sur les droits des femmes, les droits des enfants, les droits des salariés etc. D'ailleurs cette liberté individuelle révèle tout sa force dans les cas où des individus se séparent des conventions et des habitudes familiales ou sociales. Cela signifie par exemple qu'aucun crime d'apostasie ne peut exister en France, mais aussi plus simplement que même des enfants (au-delà de l'âge dit de raison, apprécié par le juge) peuvent refuser de pratiquer la religion de leurs parents -que ceux-ci soient membres d'un groupe religieux très coercitif comme les dites sectes, ou d'une religion qui n'admet pas le changement de religion.

Ainsi la liberté individuelle et secrète, celle du « for interne » comme disent les juristes, reste-t-elle une citadelle imprenable pour la société et ses groupes religieux.

Cette liberté individuelle n'aurait pourtant pas de sens si les membres d'une même conviction ne pouvaient, ensemble, partager leur foi. Ainsi, la liberté de conscience se double de la liberté de culte : célébrer selon des rituels communs une même croyance est la conséquence évidente de la reconnaissance de la liberté individuelle. En ce sens, la laïcité ne se réduit pas à la personne ou à son cercle intime : elle concerne les rassemblements, les organisations et les cérémonies qui permettent le partage de la foi. C'est ainsi que la liberté essentiellement individuelle et privée, au départ, débouche sur une pratique collective et sociale – publique peut-on dire en un sens. Beaucoup oublient cet aspect fondamental de la laïcité, abusés par l'idée que la religion est devenue une affaire purement privée. Privée elle l'est, par la reconnaissance du droit de chacun de choisir de pratiquer ou de ne pas partager une foi : mais « publique », elle l'est aussi, dans le sens où toute religion est amenée à relier – religare – ceux qui partagent les mêmes croyances.

Il n'y a ici aucune contradiction. Toutes les libertés dites publiques (s'exprimer, parler, rencontrer ses semblables dans l'espace commun, partagé par tous les citoyens) ont en même temps une source commune : la liberté de chacun, la reconnaissance que chaque être est porteur de droits inaliénables.

3. Ainsi posée, la liberté individuelle qui se double d'une liberté collective peut-elle s'exercer sans limites ?

Aucun droit dans notre société n'est sans limite. Il en est ainsi pour la pratique religieuse. Cette limite, posée dès 1789, est toujours présente : c'est l'ordre public, non pas inventé librement mais défini par la loi. Certes la loi reste générale car les textes invoquant l'ordre public (ainsi la loi communale depuis 1884) se bornent à indiquer les motifs pour lesquels une mesure d'ordre public pourrait être prise : la tranquillité, l'hygiène et la santé publiques, le bon ordre en général. C'est donc cas par cas, en fonction du contexte, que le responsable administratif puis éventuellement le juge administratif décidera ce qui est et ce qui n'est pas d'ordre public. Dès lors, l'ordre public est le motif qui légitime une intervention publique et c'est à l'autorité détentrice de ce pouvoir de choisir les moyens et les formes les plus adaptées. Il n'y a pas seulement l'interdiction mais les larges possibilités de réglementation. Ainsi en va-t-il pour les sonneries de cloches, les prières de rues ou les processions. Le droit est, en la matière, une ressource qui ne se limite pas comme le croient beaucoup à interdire ou autoriser.

Il faut en tout cas insister sur le fait que, dans notre société, aucun droit n'est illimité dans son exercice et que réglementer l'exercice d'un droit n'est pas le supprimer. D'ailleurs, c'est la raison de la possible intervention d'un juge qui évaluera la manière dont l'administration est intervenue, pour en préciser ou limiter les modalités. Ainsi, le débat sur le voile ou sur l'installation des crèches de Noël en porte témoignage.

Cette définition par le droit de la laïcité n'est pas propre à la France : elle est la règle commune dans l'Union européenne. Car si l'Europe ne peut statuer sur le régime des Églises qui est propre à l'histoire de chaque état (et l'on peut décrire les modalités très diverses, quelquefois antagoniques, dans lesquelles les États ont statué sur les institutions religieuses), en revanche, en matière de respect des libertés – ici la liberté de conscience et de culte – le droit européen organise un régime qui se veut cohérent.

Ainsi la laïcité comme principe de liberté n'est pas propre à la France. Ce qui lui est propre, c'est l'autre élément de sa définition, la séparation.

La laïcité comme séparation entre l'État et les Églises.

C'est ici la particularité française qui n'a, pour ainsi dire, pas d'équivalent en Europe : et pour les Français c'est cette situation de séparation qui caractérise la laïcité « à la française ». Beaucoup d'ailleurs en oublient la première caractéristique qui vient d'être étudiée, à savoir la liberté.

1. La séparation dans un sens très simple, signifie que les Églises ne donnent lieu à aucune reconnaissance. Ce terme en droit signifie l'octroi de droits particuliers qui lient l'auteur et le bénéficiaire de la reconnaissance, comme dans le cas, en droit familial, de la reconnaissance en paternité. C'est un vieil héritage romain par lequel le père (toujours hasardeux, à la différence de la mère) instaurait un lien entre lui et l'enfant.

Ainsi, la République « ne reconnaît aucun culte » (article 2, alinéa 1 de la loi de 1905) signifie qu'elle n'accorde aucun droit particulier aux Églises par rapport à des associations de la vie civile. C'est la rupture essentielle pour les auteurs de la loi de 1905 par rapport au vieux système pluri-centenaire du culte officiel jusqu'à la Révolution et des cultes dits « reconnus » instaurés par Bonaparte (concordat et articles organiques pour l'Église catholique (1801) et les autres cultes protestants (1802) et israélite (1808).

La conséquence pratique est que le lien qui avait été organisé entre l'État et les Églises pendant des siècles disparaît. Dès lors, la République « ne salarie pas » les ministres du culte ni « ne subventionne » les activités du culte. Certes, des exceptions existent – l'Alsace-Moselle ou le régime des aumôneries – mais elles sont limitées, et peuvent se justifier.

Le droit définit-il ce qu'est un culte ? Non parce que, avec quelques particularités, cette liberté assumée collectivement participe au régime habituel des libertés collectives. C'est le ministère de l'Intérieur (bureau des cultes) qui a dû se forger une doctrine pour une raison simple : la reconnaissance d'un culte ouvre droit à des avantages fiscaux. Il faut donc savoir qui peut bénéficier

de ces avantages et donc guider les décisions administratives reconnaissant à tel ou tel groupement le qualificatif de culte. Très pragmatiquement, le ministère et les tribunaux par la suite décident qu'il y a culte si trois conditions sont réunies : la croyance en une ou plusieurs divinités ; l'existence de personnels attachés aux cérémonies ; et enfin l'existence d'une communauté, d'un public, participant aux cérémonies. C'est à ces conditions que, par exemple, les Témoins de Jéhovah ou les croyants de communautés marginales peuvent recevoir le label de « culte » et bénéficier des avantages fiscaux prévus.

2. La séparation ne signifie pourtant pas l'ignorance. Comme on l'a vu, afin de donner des avantages fiscaux à ces organisations, l'administration d'État doit décider ce qui caractérise une Église. C'est le rôle du bureau des cultes du ministère de l'Intérieur dans une procédure qu'on appelle « la petite reconnaissance ». Mais, ce faisant, l'administration traite alors les Églises comme elle traite aussi d'autres associations pour des raisons d'intérêt public. Et les contribuables savent comment, dans leur déclaration de revenus, ils peuvent inscrire les dons faits à des multiples organismes privés ou para-publics (comme les partis), mais aussi leur paroisse et les œuvres caritatives.

3. Au moment de la loi de 1905, la question s'est posée de savoir comment la loi républicaine allait « saisir juridiquement » l'existence des Églises. La question n'est pas mince car les textes sacrés, par eux-mêmes, ne donnent pas d'indication sur ce que doit être juridiquement une Église. Celle-ci s'est construite en Europe à partir du droit romain et selon une logique spécifique, différente selon les dénominations, depuis l'orthodoxie jusqu'au catholicisme et les diverses formes de protestantismes. En ce qui concerne l'Église catholique, celle-ci a produit un droit spécifique (droit canon) qui pourtant reste un droit « privé » pour la République. En 1905 beaucoup pensaient que la forme associative toute récente de la loi de 1901 pouvait s'appliquer. Mais Rome ne pouvait que refuser afin de maintenir la structure hiérarchique catholique, quand protestants et israélites se satisfaisaient parfaitement d'une forme associative, comme d'ailleurs aujourd'hui l'Islam. On sait qu'après d'âpres combats, sur la proposition d'Éric de Pressensé, un petit membre de phrase a été inséré dans l'article 4, qui devait tout régler : associations devant être formées « en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice ». Ainsi, l'Église catholique pouvait échapper à une organisation presbytéro-synodale. Jaurès s'écria « la séparation est faite ! », et pourtant il a fallu vingt ans de négociation pour que soit trouvée devant le refus de Rome la solution d'associations spécifiques dites diocésaines (1924).

Cet incident illustre l'autonomie, voire la contrariété des institutions ecclésiastiques catholiques avec l'ordre civil de la République. En revanche, pour les Églises protestantes, l'acceptation du schéma prévu par la loi de séparation a pu être interprétée à l'inverse comme une situation où la République définissait leur ecclésiologie !

On voit bien aujourd'hui, avec les possibles remaniements de la loi, qui ont pourtant été ajournés, comment reviennent quelques questions pratiques, notamment sur la gestion des immeubles, voire les collectes « exclusivement » destinées au culte, ce qui oblige à des trésoreries séparées pour les collectes en faveur des œuvres ! Mais ce sont là, il est vrai, des demandes qui ne touchent pas l'essentiel de l'organisation des cultes.

La même observation vaudrait pour le statut des ministres du culte. Des tentatives de modifier ce statut ont échoué, la Cour de cassation maintenant sa vieille jurisprudence du début du 20^e siècle faisant des ministres du culte des salariés très particuliers auxquels le droit du travail classique ne saurait s'appliquer (notamment conception de la dépendance du salarié à l'égard de son employeur). Les questions aujourd'hui posées sont évidemment relatives, dans l'opinion publique, au culte musulman. Au-delà de toute appréciation politique, les interrogations portent sur la compatibilité de ce culte avec les lois de la République. Ainsi posée, la question n'a pas beaucoup de sens. Toutes les communautés, pour exister, doivent avoir un statut juridique et leurs locaux correspondre à des normes prévues pour l'accueil du public. On constate que, dans la majorité des cas, les communautés musulmanes choisissent le statut de l'association loi 1901, plus simple que celui de

1905. C'est tout à fait légal car, en 1907, une loi était venue assouplir la constitution des associations locales devant le refus de Rome et avait admis l'usage de la loi de 1901. Cette facilité a certainement entraîné des modes de gestion peu rigoureux, et pas seulement au plan financier, mais également le recrutement d'imams étrangers peu formés, en tout cas au droit français, ce qui n'a pas simplifié les choses.

Le résultat, c'est un certain nombre de dérives qui ont conduit à fermer administrativement certains lieux de culte et à expulser quelques imams. Le ministère de l'Intérieur en 2018 et 2019 a ouvert la discussion sur le toilettage de la loi de 1905 qui à l'évidence visait essentiellement le culte musulman. Or toute modification de la loi entraînait, de facto, des incidences pour tous les autres cultes. Le risque d'une véritable crise a poussé le gouvernement à ne pas donner suite à ce projet et à ne prévoir que des mesures purement techniques à l'égard des cultes. C'est encore ici un aspect souvent méconnu du droit : celui-ci est une règle générale et ne peut traiter de manière plus sévère un culte plutôt qu'un autre quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir de sa théologie. L'idée d'égalité est donc, pour le régime des cultes, encore inséparable de celle de liberté.

Ainsi la séparation des Églises par rapport à l'État n'empêche pas que les Églises se trouvent soumises à un ensemble de normes juridiques produites par l'État. C'est ce que l'on va retrouver dans l'examen des éléments du régime juridique de la laïcité en France.

II CE QUE LE DROIT FAIT AU RÉGIME DE LA LAÏCITÉ

Il ne suffit pas de définir, encore faut-il que la définition entraîne un régime. Celui-ci est un ensemble de dispositions, d'organisation et de fonctionnement qui permettent que telle activité, ou tel groupe de personnes, ou telle institution fonctionne de manière cohérente sur la base des principes qui les structurent. C'est peut-être là le plus important dans le rôle du droit. Ce que le droit fait à la laïcité, c'est de l'inscrire dans un régime de règles et de solutions qui se veulent cohérentes. Certes, bien de nos contemporains ne saisissent pas l'unité et la particularité de ce régime et n'en perçoivent que quelques aspects, souvent les plus visibles ou les plus anecdotiques.

Pour simplifier la présentation, on pourrait dire que ce régime est largement soumis à une distinction qui structure, bien au-delà de la laïcité, l'ensemble de la vie de notre société. Cette distinction prend la forme d'une séparation entre ce qui est Public et ce qui est Privé. Écartons tout de suite une méprise. « Public » et « Privé » ne désignent pas des substances déjà données, public ou privé « en soi ». Au contraire ce sont des qualificatifs donnés à des personnes, des lieux ou des activités largement indépendantes de leur « nature ». On le sait, une école ou un hôpital, une entreprise ou une banque, peuvent, suivant les circonstances, être public ou privé sans que pour autant leur activité soit fondamentalement différente. C'est le jeu des règles applicables, droits proclamés, financements organisés ou statuts des individus qui changent, ce qui évidemment a des effets éventuels sur l'activité mais ne la transforme pas totalement.

Donc le prisme Public-Privé permet de comprendre comment la laïcité comme principe s'appliquera différemment, selon une logique pratique, sans qu'aucunement la « nature » des actions menées ou des personnes recrutées ne soit réellement en jeu. Simplement, elles se trouvent soumises à des règles différentes qui ne sont pas arbitraires mais qui sont la conséquence de ce clivage posé comme initial : la division Public-Privé. Ajoutons tout de suite que cette division, autant philosophique que politique, ne descend pas du ciel, mais est l'expression historique de logiques sociopolitiques déterminantes. Nous allons donc surimposer cette logique binaire, fondatrice de notre socialité depuis des siècles, aux trois éléments qui constituent les points d'appui d'un régime de laïcité : les personnes en premier, les lieux et enfin les activités.

Le régime laïque pour les personnes

On peut dire ici que la différence est non seulement très visible mais surtout qu'elle donne un sens très spécifique au concept de laïcité lorsqu'il concerne les personnes. Commençons par rappeler

qu'à la différence de bien d'autres sociétés européennes, la France a une vieille tradition du personnel réputé public par opposition au personnel privé. Lentement, à partir d'ailleurs de concepts médiévaux, s'est instaurée la naissance et la reconnaissance de personnes réputées publiques et comme telles soumises à des statuts très spécifiques. Au début, celui qui sert la couronne est titulaire d'une sorte de charge qui lui est personnelle et, en échange de privilèges particuliers – puisqu'il représente une autorité – doit accepter des sujétions spécifiques. Longtemps, dans l'armée ou dans l'administration civile, le titulaire d'un poste au service du seigneur ou du roi est quasi propriétaire de sa charge, des privilèges et des contraintes qu'elle entraîne : il peut même céder cette charge publique, ainsi que les magistrats en ont offert l'exemple. Mais, peu à peu, avec la consolidation de l'État comme forme abstraite, cette situation va en quelques sortes s'objectiver pour ne plus dépendre du titulaire – qui ne sera plus propriétaire de son emploi. Le « fonctionnariat » était né, très précocement.

Cela a entraîné une situation qui apparaît comme évidente à l'esprit d'un Français : celui qui travaille pour le Bien Public, héritier du pouvoir royal, doit accepter des sujétions qu'il ne connaîtrait pas dans un emploi privé. Cette situation n'est par exemple pas comparable à celle des pays anglo-saxons.

Et la laïcité ? Elle est une marque de plus, à partir de 1905, des sujétions de l'agent public. Puisque la République est désormais laïque, ses serviteurs doivent l'être. Donc, pèse sur les agents publics, de l'État comme des collectivités locales, une obligation de neutralité, pendant tout le temps où ils sont en service. La neutralité laïque et une stricte réserve qui oblige ces agents à ne manifester ni vestimentairement, ni par des paroles, ni par des comportements, la moindre attitude reflétant une croyance. A la poste ou dans une gare, à l'école (publique) ou dans une quelconque administration, l'agent public ne peut faire apparaître ses convictions.

Cette règle est stricte et elle peut entraîner des sanctions graves. Elle s'applique également à ceux qui, non membres de l'administration, exercent des fonctions publiques comme tous les élus de la République – du maire d'une petite commune au président de la République. Mais comme on le comprend, la règle est plus flexible car elle concerne des agents publics titulaires d'un mandat politique, et la liberté démocratique doit être conciliée à la rigueur du cadre administratif. Ainsi, la présence à une messe d'un maire à titre officiel : mais celui-ci est invité à une certaine retenue, ni geste ni communion qui seraient ostentatoires. Évidemment, ces situations donnent matière à un contentieux délicat, où les juges doivent concilier ce qui est légal et ce qui est politique et démocratique. En revanche pour les agents, fonctionnaires comme contractuels, la règle est strictement appliquée. C'est ce qui nous différencie d'autres États européens où la liberté individuelle prévaut sur la logique juridique de l'espace public. Imagine-t-on en France ce qui est évident pour un anglais, la modification de l'uniforme des policiers et des militaires pour que musulmans et hindous sikhs puissent porter leur coiffure traditionnelle ?

Ces dispositions du régime de laïcité sont limitées au temps du service. Hors service, l'agent public reprend tous ses droits de citoyen, notamment de liberté religieuse – avec seulement une exigence de discrétion pour les titulaires d'un grade administratif élevé : un général, un recteur, un fonctionnaire d'autorité ne sont pas aussi libres qu'un facteur ou un agent administratif lorsqu'ils sont hors service. Ainsi le principe de laïcité construit un univers social où les personnes publiques se doivent d'être neutres quand les personnes privées peuvent manifester librement leurs convictions.

Le régime laïque pour les lieux

L'inscription de la laïcité dans les lieux physiques de la vie sociale est encore plus emblématique de ce que le principe fait à notre vie sociale. D'ailleurs pour la plupart de nos contemporains, le régime de laïcité, c'est d'abord une séparation physique des lieux réputés laïques et de ceux qui ne le sont pas. Une bonne partie du débat – et ce depuis la Révolution – a concerné le statut des lieux ouverts

à tous et des bâtiments publics. Et aujourd'hui encore, le problème des lieux reste central dans les débats.

Ainsi, dans l'espace public, la manifestation religieuse n'aurait pas de place puisque, par exception, il est destiné à la conduite de la nation et de l'État et ne peut donner place à des célébrations religieuses par définition privées. Les bâtiments publics, de la mairie jusqu'au palais présidentiel, de l'école au tribunal, des ministères au locaux de l'État et les collectivités locales sont particulièrement protégés contre toute affirmation religieuse qui ne pourrait être que particulière. La loi de 1905 en fait l'objet d'un article 28 qui connaît aujourd'hui un certain succès avec la question des « crèches en mairie ». Certes, des exceptions sont prévues : les cimetières (pour le respect des croyances des familles), les musées et expositions (où l'on ne peut enlever toutes les œuvres d'art liées à la religion) et évidemment les bâtiments du culte qui peuvent encore être publics, mais aussi les monuments qui jalonnent nos routes et nos montagnes (crucifix et statues) construits ou installés avant 1905.

Mais en règle générale le domaine public est laïque, par définition, ce qui veut dire neutre ou hors de toute appartenance religieuse. C'est ce qui le différencie de l'espace privé où, par définition, les convictions et leurs expressions trouvent un terrain évident de manifestation. On pense évidemment tout de suite à la maison, à l'entreprise privée, aux terrains privés.

Le décor ainsi simplifié de la division public-privé dans notre société est donc planté. Et pourtant, il ne peut expliquer que les choses sont en réalité plus compliquées, ce qui explique nombre d'erreurs souvent commises qui laissent entendre que dans l'espace public réputé neutre, il faudrait ne pas manifester sa croyance. Ce qui est parfaitement inexact. Pour être au plus près de la véritable organisation de l'espace il faut revenir sur l'histoire politico-juridique des espaces de notre société. La division entre un espace public et un espace privé a l'inconvénient de se présenter comme simple et évidente, voire inscrite dans la nature des choses. Et, en effet, depuis le droit romain jusqu'à la période contemporaine en passant par le droit médiéval, la différenciation des espaces sous cet éclairage donne l'illusion de l'évidence. Pour mieux comprendre le sens de cette expression, nous allons reprendre le travail remarquable du philosophe allemand Jürgen Habermas^[3]. Ce dernier observe que se construit très tôt une opposition entre un espace public et un espace privé, héritée largement du droit romain et confortée au Moyen-Âge. La monarchie française va donner à l'espace public la caractéristique d'être de lieu du pouvoir, celui où s'exerce l'autorité sans partage. Plus même, les théoriciens de la Renaissance comme Machiavel puis ses successeurs vont expliquer que cet espace est soumis à des lois particulières qui sont, par nature, différentes de celles qui gouvernent l'espace privé, parce qu'il est consacré à la mise en œuvre d'un intérêt qui, par nature, n'a rien de commun avec l'intérêt privé. D'où les modalités particulières exceptionnelles qui régissent cet espace, hors de portée de la discussion par les simples individus – donc espace d'autorité et du commandement. Par opposition, l'espace privé est l'espace domestique, celui de la gestion des intérêts familiaux ou personnels, soumis à des règles tout à fait différentes.

Mais, observe Habermas, à partir du 18^e siècle, va émerger un espace intermédiaire qui se dénomme aussi espace public, mais qui est d'une tout autre nature. C'est un espace ouvert à tous pour la rencontre, la discussion, le débat. Il est parfaitement incarné par la presse et les procédés de communication, mais aussi par des institutions qui ont pour objet l'échange : académies savantes, cafés et loges maçonniques. C'est un nouvel espace public qui n'a rien à voir avec le précédent. Il va même devenir celui qui peut légitimer – ou critiquer – l'espace public des décisions. Il est animé par une dynamique très forte : il admet tout individu, lui accorde le droit de discuter et de contester et il a vocation à grandir pour s'agréger l'ensemble des individus.

On comprend dès lors, que la nouvelle configuration sociale et politique fait de cet espace public renouvelé le lieu de la démocratie et de la représentation.

En quoi ce rappel nous permet-il de comprendre comment le principe de laïcité peut trouver sa place dans ces espaces ?

D'abord l'espace privé est évidemment celui de la plus grande liberté d'expression : que cet espace soit clos (la maison par exemple) ou ouvert (la propriété privée), il ne fait nul obstacle à l'expression de toutes les convictions. Pour beaucoup, l'espace domestique est le lieu évident de la pratique religieuse, espace auquel on peut rattacher tous les lieux privés, associatifs comme d'entreprise. Et pour beaucoup encore, là se limiterait la pratique religieuse qui laisse croire que cette solution serait la plus conforme à la nature privée de la croyance.

Mais cela n'est pas exact car le nouvel espace public, celui du débat et de la rencontre – que certains appellent l'espace social – est lui aussi concerné par la pratique religieuse. De fait, la rue et les places, les lieux de culte (bien que bâtiments privés sauf exception), les cimetières, mais aussi l'espace de communication y compris des médias sont autant d'espaces ouverts à l'expression religieuse – au moins dans les limites de l'ordre public. Sonneries de cloches (dans l'air, espace public), processions et images, rassemblements et manifestations diverses sont autant d'exemples de ce que le principe de laïcité fait à cet espace partagé.

Qu'est-ce qui pourrait limiter l'expression de convictions religieuses dans l'espace public ouvert à tous ? La seule réponse c'est celle des contraintes de l'ordre public. Qu'il s'agisse de la rue ou des édifices ouverts au public – une poste, une gare, une mairie par exemple – les manifestations de croyance y sont libres : on peut porter tout signe religieux, tout vêtement, voire proposer des documents ou demander une aide, au besoin appuyée sur un chant ou un discours. Bref, tout comportement qui ne peut déranger ou importuner les passants. En revanche, des manifestations très importantes en nombre ou en volume sonore doivent être déclarées. Elles peuvent alors être limitées par l'autorité administrative, réorganisées (ainsi changement de parcours) voire interdites s'il y a menace à l'ordre public (désordres, altercations, empêchement de circuler par exemple). Les lieux de l'expression des convictions religieuses – ou politiques aussi- sont donc multiples et cela fait partie de la conception démocratique de l'espace public, celui de l'expression des libertés.

Reste enfin le régime laïque des activités.

Là encore, la *summa divisio* public-privé réapparaît.

Aux activités publiques, entendons celles de l'État et des collectivités, celles des entreprises publiques ou de tous les services au bénéfice du public assurés par une personne publique (ou une personne privée chargée de ce service, comme dans le cas d'une concession ou d'une délégation de service public au bénéfice d'une association, ou encore d'un contrôle majoritaire par des personnes publiques), il est donc assez logique que s'impose le principe de neutralité et d'abstention pour ce qui concerne l'expression religieuse. Si cette solution est compréhensible pour l'activité des personnes publiques (ainsi la poste, le transport rail ou route, les écoles, les administrations en général), en revanche, la solution est souvent discutée lorsque le lien entre la personne publique et l'opérateur privé est plus subtil.

Un cas vient immédiatement à l'esprit : celui de la crèche Baby Loup, qui pendant de longues années a défrayé la chronique. Une association largement subventionnée par une mairie et un département peut-elle être considérée comme exerçant un service public, alors qu'aucune procédure en ce sens n'a été mise en œuvre (par exemple, concession ou délégation de service public). La Cour de Cassation, dans l'ultime arrêt du 25 juin 2014, a décidé que l'absence de toute qualification juridique de service public maintenait la nature privée de l'association ; que dès lors, la seule question qui se posait était l'application du droit des entreprises qui prévoit le cas de l'éventuelle restriction des libertés des travailleurs par le règlement intérieur, sur la base de motifs précis : que la mesure soit liée à la nature du travail effectué et qu'elle soit proportionnée au but recherché.

Ainsi, l'exigence de laïcité, proclamée par certains, dans tous les espaces de notre vie sociale est évidemment absolument contraire à la logique des règles en vigueur. Et les tentatives d'étendre ces règles à tout le secteur privé (comme la loi El Khomri de 2016), ont échoué – ou ont dû se soumettre au droit existant qui empêche cette extension illimitée du principe de laïcité à tous les secteurs de la vie économique et sociale.

Dès lors, seules les activités publiques, non par leur nature mais par la logique des règles applicables, sont soumises au principe de laïcité, c'est-à-dire à la neutralité. En revanche, les institutions privées restent libres d'accepter l'expression des croyances ou, dans les limites de la loi (pour l'essentiel le code du travail) d'en réglementer l'exercice, voire dans certains cas l'interdire : par exemple si le port d'un signe religieux compromet la sécurité d'un travailleur ou si la manifestation des croyances prend des formes qui troublent l'exercice du travail dans l'entreprise. Le droit européen, très subtil, a dans des arrêtés récents précisé ces situations (ainsi arrêt de la cour de Luxembourg et cour de l'Union européenne).

Il faut conclure

Contrairement à ce que beaucoup croient, qui n'ont jamais lu ni la loi de 1905, ni la constitution et encore moins les textes européens, la gestion du religieux n'est pas une affaire simple. Elle met en jeu des traditions et des modes de faire mais aussi des intérêts et des usages du pouvoir qui transparaissent aussitôt que la question de la laïcité est posée. Le traitement par le droit n'est pas le sommet de la prise en compte de la laïcité : il est la solution actuelle qui, par d'innombrables précautions – plus que ne le savent nos contemporains – permet d'éviter que la rencontre des croyances et des rites dans notre société ne tourne à la guerre civile. La laïcité, dans sa philosophie comme dans ses prescriptions, n'est autre chose que l'instrument que la société française a trouvé pour réduire les tensions qui, comme on le voit aujourd'hui, peuvent toujours provoquer des drames. Aucune religion n'est innocente dans ce paysage : ni les chrétiens, ni les juifs, ni les musulmans ni les autres religieux ne peuvent oublier qu'ils ont tous, d'une manière ou d'une autre, participé à des systèmes d'autorité et de persécution. L'invention de la laïcité dans son particularisme français – différent des systèmes mis en œuvre en Europe – a consisté à clore des situations où l'intolérance et la privation de liberté confortaient les puissants. Cette règle de pacification est le vrai titre de gloire du principe laïque qui n'est ni un accident de l'histoire, ni une règle malléable à souhait pour servir des projets de domination.

In fine, ce que le droit fait à la laïcité, c'est de la rendre possible.

Michel MiAILLE, Octobre 2020

[1] F.ENGELS, K.MARX, La religion. Textes choisis et annotés par G.Badia, P.Bange et E.Bottigelli, Ed.Sociales, 1968.

[2]. *Discours du 23 août 1789, imprimé à Montauban chez Teulière, imprimeur du Roy, 1789.*

[3]. J.Habermas, « L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise » titre de la thèse de doctorat d'État 1962 ; traduite en français, éditée à Paris, Payot, 1988.