

Jean Gaeremynck
Conseiller d'Etat
Avril 2015

Sur la laïcité.

Sur un sujet extrêmement riche on ne peut pas prétendre à l'exhaustivité. On se propose ici de rappeler quelques fondamentaux permettant de se faire une opinion face aux questions soulevées par l'actualité et d'apprécier ce qui relève ou non véritablement de la laïcité. Ces repères de base sont essentiellement de nature juridique puisque la laïcité, ce sont d'abord un ensemble de principes et de règles forgés par la loi et la jurisprudence. Mais ils s'inscrivent aussi dans une histoire.

1. La laïcité et la République.

L'identification de la laïcité à la République est si forte qu'on se demande parfois si la vraie devise de la République n'est pas Liberté, Egalité, Laïcité, tant cette dernière est présente dans le discours dès qu'on parle de la République. On observe par ailleurs qu'à la différence de la Liberté et de l'Egalité, omniprésents dans le discours ambiant comme dans le corpus juridique, la Fraternité paraît comme « passée à la trappe », ce qui est tout bien troublant. Et pourtant, elle aurait un rôle à jouer dans les difficultés du temps présent. On reviendra sur ce point.

Identification avec l'histoire de la République, laquelle ne s'est véritablement installée qu'à partir de 1875, avec la troisième République. Avant cette date la laïcité, au sens où on l'entend aujourd'hui, n'apparaît pas, elle n'est pertinente ni pour caractériser l'Etat ni pour fournir une grille de lecture utile à la question des relations entre l'Etat et la religion. On sait que la loi de 1905 « de séparation des Eglises et de l'Etat », grande loi de la République, est un point de repère essentiel, mais historiquement la séparation est d'abord celle des Eglises *et de l'école*. Les premières lois de laïcité sont en effet les lois scolaires de Jules Ferry, des 28 mars 1882 et 30 octobre 1886, lesquelles on le sait, ont institué pour la première fois en France un enseignement public gratuit, laïque et obligatoire.

Identification avec la République dans la définition de cette dernière. L'article premier de la Constitution de 1958, reprenant sur ce point celle de 1946, définit la France comme une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. On notera que « laïque » vient *après* « démocratique et sociale », c'est dire la force qu'a voulu donner le Constituant à l'affirmation de ce principe.

Il faut bien voir aussi la portée « géopolitique » de cette affirmation. Non seulement l'Etat ne se reconnaît de lien avec aucune religion, mais *cela fait partie de son identité même* que de n'avoir aucun lien de ce genre.

Il y a peu d'Etats dans le monde qui se définissent ainsi.

Il y a certes d'autres Etats laïques mais dans cette forme d'affirmation solennelle et pourrait-on dire, triomphante de la laïcité, il y a bien une certaine singularité française.

2. La loi du 9 décembre 1905 : socle de la laïcité en France.

Ce socle repose sur un double principe, chacun d'eux étant d'égale force et d'égale légitimité.

Le plus emblématique de la laïcité est celui de la séparation des Eglises et de l'Etat, qui se trouve résumé tout entier dans la formule célèbre de l'article 2 : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ».

Mais c'est l'article 2, tandis que l'article 1^{er} proclame que : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public. »

A ces deux grands principes correspondent deux « pôles » de la laïcité, entre lesquels il existe un balancement permanent. Les acteurs sociaux (intellectuels, politiques, associatifs) affichent souvent, en fonction de leur histoire et de leur positionnement, une préférence pour l'un ou l'autre de ces pôles, et leur réaction face à telle situation concrète (le voile à l'école ou à l'université, repas dans les cantines scolaires par exemple) sera ainsi à peu près prévisible.

Mais c'est souvent plus compliqué et il arrive que chacun d'entre nous soit partagé, face à telle question qui surgit inopinément dans le débat public (peut-on admettre l'installation de crèches dans des bâtiments publics avant Noël ? peut-on admettre que des mamans voilées accompagnent des enfants dans des sorties scolaires ? etc...).

Mais revenant à la loi de 1905, je voudrais souligner qu'elle est parfaitement représentative d'une capacité très « française » à faire coexister l'affirmation de grands principes et la recherche de solutions pragmatiques à des problèmes de la vie quotidienne, lesquelles peuvent tempérer sérieusement le caractère absolu des principes.

Ainsi l'article 2 de la loi de 1905, cité ci-dessus, interdit en principe à une collectivité publique de financer les cultes, mais c'est la même loi qui énonce que les budgets publics peuvent prévoir les dépenses relatives à des services d'aumônerie et « au libre exercice des cultes dans les lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons » !

Par ailleurs cette loi institue les communes en propriétaires des édifices affectés au culte au jour de la promulgation de la loi : de ce fait elles héritent des obligations du propriétaire et doivent financer les dépenses d'entretien de ces édifices, soit à peu près 90% des églises de France !

S'agissant des édifices du culte construits après 1905, ils ne peuvent être financés que par les fidèles, ce qui, on le verra plus loin, pose le problème des religions « minoritaires ».

C'est sur ce socle de la loi de 1905 que s'est construit, notamment grâce à la jurisprudence, l'édifice juridique de la laïcité en France. Je voudrais maintenant évoquer deux piliers majeurs de cet édifice. Le premier est celui de la liberté d'expression dans l'espace public, le second la neutralité des services publics.

3. Liberté d'expression des convictions religieuses dans l'espace public : principe et limites.

La loi de 1905 a posé les principes et réglé, on l'a vu, certaines questions pratiques (et non des moindres !) mais ne pouvant traiter de tout, elle ne dit rien sur certains sujets, et notamment sur la question, essentielle, de savoir s'il existe, et dans quelles limites, une liberté d'expression des convictions religieuses dans l'espace public.

Non seulement la loi ne dit rien mais encore, dans les débats de 1905 au Parlement, deux approches assez contrastées se dessinaient assez clairement. Pour simplifier, celle des « laïcistes » (tenants intransigeants du premier pôle identifié ci-dessus) voulait rejeter toute expression religieuse dans la sphère purement privée, celle des « libéraux » (l'autre pôle, incarné notamment par le rapporteur de la loi, Aristide Briand) était beaucoup plus ouverte à l'expression dans l'espace public.

Ce fut la jurisprudence qui apporta la réponse, précisément celle du Conseil d'Etat (CE), saisi dans les années suivant 1905 de décisions de maires relatives à des processions sur la voie publique, à des sonneries de cloches, à des cortèges funéraires, etc... Ces décisions étaient le plus souvent des arrêtés d'interdiction générale, et le CE était saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir, qui permet de demander l'annulation d'une décision administrative considérée comme illégale.

Ce fut une réponse libérale, dans la droite ligne de la jurisprudence générale en matière de libertés publiques, qui repose sur le principe que la liberté est la règle, et l'interdiction l'exception. Il n'y a possibilité d'interdire que lorsque la manifestation d'une liberté risque de provoquer un trouble à l'ordre public.

Le CE a donc annulé les arrêtés d'interdiction des maires lorsqu'ils n'étaient pas justifiés par la réalité avérée (et pas seulement alléguée) de risques de troubles à l'ordre public.

La décision de référence à ce sujet est une décision du 19 février 1909, Abbé Olivier.

A noter que cette jurisprudence est exactement la même que celle appliquée tous les jours ou presque aux manifestations, cortèges syndicaux et défilés de toute nature sur la voie publique.

4. La laïcité dans le fonctionnement des services publics : le principe de neutralité.

Si la liberté d'expression, on vient de le voir, est la règle, elle rencontre une limite de principe dans l'organisation et le fonctionnement des services publics : c'est une conséquence directe du principe de séparation.

On rappellera tout d'abord que le principe de laïcité, énoncé en 1905 pour l'Etat, s'applique à *toutes* les personnes publiques sans distinction de statut, qu'il s'agisse des collectivités territoriales, des établissements publics, ou encore des organismes privés chargé d'une mission de service public.

Toutes ces personnes publiques fournissent plus ou moins directement des services publics, et à ce titre le principe de laïcité leur impose d'observer une stricte neutralité dans le fonctionnement du service, surtout au contact de l'utilisateur.

Mais il y a lieu de souligner à ce sujet que *l'agent public*, qui fait fonctionner le service, et *l'utilisateur* qui est le bénéficiaire du service, ne sont pas placés dans la même situation au regard de l'obligation de neutralité.

Cette obligation s'applique dans toute sa rigueur aux agents du service, quel que soit leur statut (fonctionnaires, contractuels, vacataires), et il leur est demandé, sous peine de s'exposer à des sanctions disciplinaires, de ne manifester sous aucune forme leurs convictions religieuses s'ils en ont : que ce soit par leurs propos, leur tenue vestimentaire (on pense évidemment au voile dit islamique).

Cette obligation *ne s'applique pas aux usagers*, qui ont au contraire toute liberté d'exprimer leurs convictions religieuses, même dans leurs contacts avec les services publics, pourvu que cela n'entrave pas le bon fonctionnement du service.

Tels sont les principes. Maintenant, dans la vie quotidienne tout est affaire de compromis et d'équilibres.

S'agissant des agents publics, un autre courant très puissant du droit actuel interdit à leur égard toute discrimination (dans le recrutement, l'avancement, etc) fondée sur la nature de leurs opinions (pas simplement religieuses d'ailleurs, mais aussi politique, syndicales, etc...). De la même manière les responsables des services publics sont régulièrement invités à tenir compte, dans la mesure du possible, de certaines demandes de leurs collaborateurs fondées sur des motifs religieux : en ce qui concerne les autorisations d'absence pour assister aux fêtes religieuses par exemple. Il existe sur ce sujet une circulaire officielle relative à ces autorisations d'absence « pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions ».

S'agissant des usagers, le respect de leurs appartenances religieuses peut aller jusqu'à prévoir l'organisation même du culte dans certains services publics, comme les hôpitaux par exemple, mais en tout état de cause, la limite est toujours celle du bon fonctionnement du service.

Il reste que sur le plan des principes, les choses sont assez claires. Voyons maintenant comment ils ont été appliqués à une question emblématique de la laïcité en France : celle du voile à l'école.

5. La question du voile à l'école.

Cette question s'est posée pour la première fois dans les années quatre-vingt. En 1989 précisément, devant l'émotion suscitée par l'attitude de quelques jeunes filles de se présenter voilées au lycée, le ministre de l'éducation nationale de l'époque (L. Jospin) a posé au Conseil d'Etat la question du droit applicable. Il s'agissait notamment de savoir si les responsables d'établissement avaient la possibilité de prendre par la voie de leurs règlements intérieurs des interdictions générales de port de telle ou telle tenue vestimentaire.

La réponse a été très exactement celle de la jurisprudence exposée ci-dessus. S'agissant des enseignants, qui sont des agents publics, l'interdiction est générale et absolue.

En revanche les élèves ont la qualité d'usagers, l'interdiction ne s'applique donc pas à eux. Mais le CE a aussi rappelé les motifs qui pouvaient permettre, au cas par cas, d'interdire le port du voile : au regard de l'ordre public, la nécessité de prévenir ou d'empêcher toute forme de prosélytisme, au regard des exigences propres au fonctionnement du service public de l'école, la nécessité d'assurer la sécurité des élèves (cours de gym, manipulations en laboratoire), ou la nécessité d'assurer l'universalité des enseignements quelles que soient les opinions des élèves (sciences de la vie, éducation sexuelle, etc).

Une telle réponse, pour être parfaitement dans la ligne d'une jurisprudence presque centenaire avait toutefois ceci d'inconfortable pour les acteurs du monde scolaire en ce qu'elle ne fournissait pas de réponse automatique et uniforme aux situations rencontrées.

Elle invitait plutôt à analyser ces dernières au cas par cas, et à rechercher par le dialogue, l'écoute et la pédagogie auprès des élèves, des solutions acceptées par tous et adaptées aux situations locales.

C'est pourquoi un courant d'acteurs du pôle laïciste n'a cessé de réclamer une posture plus radicale de refus du voile, et il a fini par avoir gain de cause auprès des responsables politiques. Ainsi, voulue par le président de la république de l'époque, une loi du 1^{er} septembre 2004 est venue énoncer d'une manière générale que : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port des signes ou tenues par lesquelles les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. »

Il est clair que cette loi a éteint le problème dans les écoles, et d'ailleurs, contrairement à certaines prévisions de l'époque, elle semble avoir été plutôt bien acceptée. En tout cas, elle est respectée.

6. La loi et la jurisprudence : la complémentarité.

Certains ont pu à l'époque considérer cette loi comme un désaveu du juge par le législateur.

Il y a surtout que leur intervention ne se situe pas sur le même plan.

Le juge s'interdit les « arrêts de règlement » par lesquels il entendrait régler uniformément un ensemble de situations par une même décision. La jurisprudence n'agit que par l'affirmation constante de solutions identiques dans des situations analogues, elle ne peut aller plus loin.

Le législateur en revanche procède par dispositions générales s'appliquant à tous.

De ce fait on voit bien la différence des registres. Celui de la jurisprudence est propice à la prise en compte des particularités, des nuances, des situations locales. Celui de la loi est celui des solutions contraignantes et uniformes.

On pourrait être tenté d'en conclure que la jurisprudence est plutôt du côté des libertés, et la loi du côté des mesures restrictives des libertés.

A la vérité, ce n'est pas aussi tranché. Seule la loi est en mesure de définir dans le détail le régime d'une liberté, entendu comme un ensemble de règles cohérentes et solidaires entre elles. On l'a vu avec les dispositions pragmatiques de la loi de 1905.

On l'a vu aussi, par exemple, avec la loi du 31 décembre 1959 relative à la liberté de l'enseignement, laquelle a établi le régime de l'enseignement libre et permis le soutien financier public à des établissements dont le « caractère propre » est confessionnel dans la grande majorité des cas.

Mais les principes, qu'ils découlent de la loi ou de la jurisprudence, tracent des lignes de partage apparemment claires, il arrive qu'ils soient mis à rude épreuve par la réalité. On en donnera ci-après deux exemples tirés des accompagnements scolaires et des crèches.

7) Les principes à l'épreuve des faits (1) : l'accompagnement des sorties scolaires.

Il arrive on le sait que des parents d'élèves soient sollicités en renfort pour compléter l'encadrement des enfants à l'occasion des sorties scolaires. Il y a quelques années un début de polémique s'est élevé à ce sujet au motif que des mamans voilées s'étaient proposées voire même avaient été acceptées, et que c'était « contraire à la laïcité ».

Pour l'éteindre un ministre de l'éducation nationale a alors pris une circulaire par laquelle il est « recommandé » de rappeler dans le règlement intérieur des établissements scolaires

que les principes de laïcité de l'enseignement et de neutralité du service public « permettent notamment d'empêcher que les parents d'élèves ou tout autre intervenant manifestent, par leur tenue ou leurs propos, leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques lorsqu'ils accompagnent les élèves lors de sorties ou voyages scolaires ». Cette circulaire habilement rédigée (« recommande », « permettent » etc) repose une certaine ambiguïté et de ce fait ne donne pas par elle-même la solution toute les situations. Aussi le sujet a-t-il été placé sur le terrain du droit sous la forme de l'une de ces questions qui font les délices des spécialistes du droit public : quel est exactement le *statut* des mamans accompagnatrices ?

Si l'on se réfère à la grande distinction présentée ci-dessus, entre les agents publics et les usagers, on voit bien l'enjeu : assimilées à des agents publics, elles seront soumises à une obligation très ferme de neutralité qui interdit certainement le port du voile ; considérées comme des usagers, l'obligation ne sera pas du tout la même, a priori. Un jugement de tribunal administratif a clairement pris partie pour la première solution, en s'appuyant sur une notion empruntée au champ de la responsabilité, celle de « collaborateur occasionnel du service public », mais il est resté isolé, et ne peut donc être considéré comme reflétant l'état du droit.

Aussi le défenseur des droits, confronté à des « remontées du terrain » a demandé au Conseil d'Etat de rappeler quel était précisément l'état du droit en vigueur.

La réponse a été très claire : il n'existe pas, à côté des agents publics et des usagers, de catégorie intermédiaire spécifique de « participant au service public » qui serait assimilable à celle d'agent public. Les mamans voilées ont donc la qualité d'usagers.

Pour autant elles n'ont pas un *droit* à accompagner les sorties scolaires, là-dessus c'est aux enseignants et aux chefs d'établissement de prendre les dispositions appropriées au contexte dans lequel ils se trouvent.

Il ya certains endroits dans lesquels si on refuse toutes les mamans voilées pour accompagner les sorties, on n'en trouvera plus aucune...

8) Les principes à l'épreuve des faits (2) : les crèches.

Si le principe de neutralité s'appliquant aux services publics, est bien clair, la situation se trouve parfois compliquée par le fait qu'un service de même nature peut, selon qu'il est porté par une personne publique ou par une personne privée, être soumis à des règles sensiblement différentes.

Il faut souligner à ce sujet que le concept de laïcité au sens de neutralité n'a de portée que pour les personnes publiques et aux relations qu'elles entretiennent avec les personnes privées. Il ne s'applique d'aucune manière aux personnes privées et aux relations qu'elles entretiennent entre elles. Il en résulte, par exemple, qu'il ne s'applique pas aux relations de travail à l'intérieur de l'entreprise.

Cela ne veut pas dire que le chef d'entreprises ne soit en droit d'imposer aucune contrainte à ses employés en ce qui concerne la manifestation de leurs convictions personnelles, à travers leur tenue vestimentaire par exemple.

Mais ces contraintes ne procèdent pas des exigences de la laïcité. A ce sujet le code du travail (article L. 1121-1) dispose que : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées *par la nature de la tâche à accomplir* ni proportionnées au but recherché. »

C'est cette ligne de partage a priori bien claire qui a été soumise à rude épreuve par l'affaire de la crèche « Babyloup ».

Une employée d'une crèche portée non par une collectivité publique mais par un organisme privé a été licenciée par sa directrice au motif qu'elle persistait à porter le voile malgré les instructions qui lui étaient données. Cette décision de licenciement a été tour à tour annulée par les juges de première instance, puis justifiée en appel par la cour d'appel, et la cour de cassation a désavoué la cour d'appel, en considérant donc le licenciement comme abusif.

Dans ces cas, l'affaire est renvoyée devant la cour d'appel qui doit juger à nouveau en se confirmant à la position de droit énoncée par la cour de cassation.

Mais dans cette affaire il s'est produit un évènement très inhabituel : une « rébellion » de la cour d'appel, qui dans son deuxième arrêt a refusé de s'aligner sur la cour de cassation, et a de nouveau justifié en droit le licenciement.

Dans cette hypothèse, lorsque la cour de cassation est saisie à nouveau, elle se prononce dans une formation solennelle, différente de celle de son premier jugement. Et là, autre fiat très inhabituel, la cour de cassation a changé sa position, et a fini par justifier celle de la cour d'appel ; revenant à justifier le licenciement.

Il n'est pas possible ici de rentrer dans le détail des argumentations juridiques, on retiendra seulement que la cour de cassation ne s'est pas placée sur le terrain de la laïcité, qui aurait été imparable si la crèche avait été gérée par une collectivité publique, mais sur le terrain traditionnel du droit du travail dans les dispositions citées ci-dessus. Elle a considéré qu'en l'espèce la restriction à la liberté de manifester sa religion qu'avait édictée la direction de la crèche ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise et justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association, et proportionnée au but recherché.

On voit donc que des énoncés de droit provenant de deux univers juridiques différents – celui des principes de laïcité et de neutralité pour un service public, celui du droit du travail pour un service géré par une personne privée- en sont venus, après des péripéties compliquées, à produire une solution identique dans deux situations exactement similaires, ce qui après tout peut être considéré comme rassurant pour la lisibilité du droit.

9. Quelques questions d'aujourd'hui.

Il n'est évidemment pas possible de les recenser toutes mais on peut en regrouper certaines sous un même thème. Celui de l'Islam, religion « minoritaire » s'impose évidemment.

On a vu qu'historiquement l'église en place en 1905 –l'église catholique- avait bénéficié des solutions pragmatiques de la loi de séparation, laquelle elle a prévu que les communes seraient propriétaires des édifices affectés au culte à cette époque, soit un très grand nombre d'églises partout dans le pays.

Il n'en va pas de même pour une religion d'apparition plus récente en France comme l'Islam, qui se heurte en ce qui concerne la construction des lieux de cultes à l'interdit du financement public. Seuls les fidèles peuvent financer les nouveaux lieux de cultes, quelle que soit d'ailleurs la religion en cause.

Mais d'un autre côté bien des solutions pragmatiques ont été trouvées pour faciliter la pratique du culte musulman là où la demande sociale était forte. Il a été admis par exemple

qu'une commune pouvait mettre un local (une salle polyvalente) à la disposition d'une association, alors même qu'il était destiné à servir à l'exercice du culte. De la même manière il a été admis qu'une commune pouvait autoriser un organisme qui voulait construire un édifice du culte ouvert au public (en l'occurrence une mosquée) à occuper une dépendance de son domaine public pour une très longue durée, selon la formule très favorable du bail emphytéotique.

Une commune a pu aussi être autorisée à financer l'aménagement d'un abattoir destinée à fonctionner essentiellement pendant les trois jours de la fête musulmane de l'Aïd.

Beaucoup d'autres questions concrètes se posent comme les carrés musulmans dans les cimetières, la formation des imams, les repas de substitution dans les écoles, etc.

10. Aux limites de la laïcité : laïcité et liberté d'expression.

Il arrive aussi que la laïcité soit invoquée d'une façon extensive, et qu'on la fasse sortir de son terrain naturel, celui de la pratique des cultes et de l'expression des appartenances et convictions religieuses.

Elle est parfois considérée comme le marqueur ultime de la liberté d'expression, et au moment des événements dramatiques de janvier dernier, quand la nation toute entière se rassemblait sur ses valeurs, la laïcité était dans les discours comme au premier rang.

Pourquoi faire ainsi le lien entre la défense de la liberté d'expression dans sa conception très forte que nous avons en France, et la laïcité ?

Un élément de réponse réside sûrement dans le fait que la loi en France ne protège pas spécifiquement au pénal les religions contre la critique ou même la caricature. Autrement dit, notre droit autorise la critique de la religion en général, des religions en particulier. Ainsi, il n'existe rien dans notre droit pénal qui ressemble au blasphème (le fait d'insulter la religion) et a fortiori à l'apostasie (le fait de changer de religion).

Cela ne veut pas dire évidemment que la liberté d'expression ne rencontre aucune limite : il y a celle par exemple de l'incitation à la haine, qui est pénalement réprimée. Mais le point important est qu'il n'y a pas d'incrimination spécifique ayant pour objet ou pour effet de fournir une protection aux religions.

Cela étant dit, on sait bien que si la critique ou même la caricature est permise, elle peut produire un *ressenti* chez les fidèles de telle ou telle religion qu'il est difficile de maîtriser. A quel moment la critique devient elle l'insulte ? Il serait vain de prétendre définir a priori ce qu'est l'insulte puisque c'est avant tout une affaire de ressenti.

C'est dire que ni la loi, ni la jurisprudence dans ce domaine ne suffiront jamais à fournir aux comportements humains les guides, les points de repères ou même les lignes rouges à ne pas dépasser.

Il faut autre chose pour faire tenir une *société* digne de ce nom, où il y ait une vraie volonté partagée de *tenir compte* de ce pense et ressent l'autre. D'en tenir compte, et de le respecter.

C'est là qu'on pourrait rappeler ce pilier oublié de la devise républicaine, dont nous avons tant besoin aujourd'hui : la Fraternité.