

Jean MORANGE

La laïcité de la République : garantie ou menace pour les libertés ?



un savoir-faire de

lextenso

Jean Morange
Agrégé des Facultés de droit
Ancien professeur
de l'Université Paris-Panthéon-Assas
et de la Faculté de droit de Limoges

La laïcité
de la République :
garantie ou menace
pour les libertés ?



un savoir-faire de

lextenso



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
Collection : Forum
EAN 9782275132761
ISSN 2260-8082

Dans la même collection

- Jean-Luc Albert et Thierry Lambert, *La Cour des comptes. Un pouvoir rédempteur ?*, 2017.
- Christian Bessy, *L'organisation des activités des avocats. Entre monopole et marché*, 2015.
- Baptiste Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, 2013.
- Michel Bouvier, *L'impôt sans le citoyen ?*, 2019.
- Paul Cassia, *Sélectionner à l'entrée de l'université. Oui, mais comment ?*, 2017.
- Olivier Chaduteau, *La direction juridique de demain. Vers un nouveau paradigme du droit dans l'entreprise*, 2014.
- Florence Chaltiel Terral, *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, 2017.
- Bruno Dondero, *Droit 2.0. Apprendre et pratiquer le droit au XXI^e siècle*, 2016.
- Olivia Dufour, *Justice, une faillite française ?*, 2018.
- Olivia Dufour, *Justice et médias. La tentation du populisme*, 2019.
- Olivia Dufour, *La justice en voie de déshumanisation ?*, 2021.
- Lauréline Fontaine, *Qu'est-ce qu'un grand juriste ?*, *Essai sur les juristes et la pensée juridique contemporaine*, 2012.
- Arnaud Freyder, *La fonction publique. Chronique d'une révolution silencieuse*, 2013.
- Christophe Jamin, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, 2012.
- Pascal Lokiec, *Contrat et pouvoir. Étude de droit privé*, 2021.
- Bertrand Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, 2013.
- Bertrand Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, 2015.
- Bertrand Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, 2017.
- Pascal Mbongo, *L'identité française et la loi*, 2016.
- Pascal Mbongo, *E pluribus Unum. Du creuset américain*, 2016.
- Mustapha Mekki (dir.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis*, 2016.
- Jean Morange, *La laïcité de la République : garantie ou menace pour les libertés ?*, 2023.
- Joël Moret-Bailly, *Les conflits d'intérêts. Définir, gérer, sanctionner*, 2014.
- Joël Moret-Bailly et Eliette Rubi-Cavagna, *La contre-Révolution silencieuse*, 2021.
- Haïba Ouaisi, *Le travail de demain : rénovation ou révolution ?*, 2014.
- Jean-Baptiste Prévost, *Penser la blessure. Un éclairage philosophique sur l'individualisation de la réparation en droit du dommage corporel*, 2018.
- Mathieu Touzeil-Divina, *Dix mythes du droit public*, 2019.

Sommaire

<i>Introduction</i>	9
Première partie. La laïcité est liée à l'histoire de France	23
Chapitre 1. L'affirmation progressive du principe de laïcité	29
Chapitre 2. L'originalité de la laïcité française	77
Deuxième partie. La laïcité française a une portée incertaine	127
Chapitre 1. La portée directe du principe de laïcité	131
Chapitre 2. La portée indirecte du principe de laïcité	173
<i>Conclusion : La laïcité de la République est-elle un principe libérateur ou liberticide ?</i>	265
<i>Bibliographie</i>	273

Introduction

La France est une République laïque. Conflictuel il y a plus d'un siècle, le thème de la laïcité semble l'être redevenu depuis trente ans. Il est invoqué plus ou moins intensément au fil d'actualités mouvantes et variées, tantôt à gauche où se situent ses origines, tantôt à droite où il a été repris. Les occasions sont a priori très hétéroclites : questions vestimentaires avec le voile, la burqa puis, plus récemment, le burkini, inconnu il y a quelques années ; questions alimentaires avec les cantines scolaires ou l'abattage rituel ; questions scolaires avec le refus par des élèves de suivre certains cours ; questions politiques avec les discussions sur la radicalisation religieuse, les conditions d'accès à la nationalité française ; questions administratives ou sociétales lorsqu'est en cause le comportement des personnalités politiques, des agents publics, des gestionnaires de services publics ou des collaborateurs occasionnels, l'utilisation du domaine et de l'espace publics ou la présence de signes religieux ostensibles, statues ou crèches de Noël... Cette liste est loin d'être exhaustive et les sujets mentionnés n'ont à première vue que peu de liens entre eux. Pourtant, à propos

de chacun d'entre eux, le principe de laïcité a été évoqué et a parfois donné lieu à des débats virulents et passionnés, sans pour autant déboucher sur des solutions consensuelles. En outre, les références et les enjeux ne sont plus compris par une grande partie de l'opinion qui se prononce sur chacun des sujets de façon affective plus que rationnelle. D'ailleurs, il est d'autant plus difficile d'aboutir à des solutions claires que, fréquemment, d'autres thèmes se mêlent à celui de la laïcité : égalité, notamment entre hommes et femmes, discriminations ethniques ou religieuses, lutte contre le réchauffement climatique, bien-être animal, protection de l'identité nationale ou des valeurs républicaines...

En réalité, la laïcité n'est pas comprise surtout parce qu'elle n'est pas connue. Elle est évoquée plus qu'expliquée, par ses promoteurs, comme une garantie des libertés les plus précieuses que sont la liberté de conscience, la liberté religieuse et la liberté d'expression. Elle est condamnée, sans procès, par ceux qui y voient une notion liberticide, discriminatoire voire totalitaire. Il est donc indispensable de se demander si la laïcité est, aujourd'hui en France, une garantie ou une menace pour les libertés et la cohésion sociale. À cet égard, l'approche juridique est essentielle. Elle est la seule qui permet de savoir avec précision ce que signifie la laïcité et quelle est sa portée. Il convient donc de situer cette approche par rapport à d'autres.

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale... » Cette affirmation, solennellement mentionnée à l'article 1 de la

Constitution de la v^e République, fait de la laïcité un élément de l'identité constitutionnelle de l'État, d'autant plus clairement que cette proclamation est antérieure à 1958. Elle reproduit mot pour mot le contenu de l'article 1 de la Constitution de la iv^e République.

Cette formulation était originale au xx^e siècle. Elle le reste dans le monde contemporain. Très peu d'États se proclament laïcs et certains de ceux qui le font ont une conception sensiblement différente de la laïcité. Même à l'époque où le droit français a souvent servi de modèle en Europe et dans le monde, la laïcité n'a pratiquement jamais été exportée. Bien plus, cette notion reste inconnue ou incompréhensible pour la plupart des juristes étrangers, y compris ceux issus de pays très proches. Elle est loin d'être perçue comme une marque du « génie français ». Elle serait plutôt le signe d'un goût excessif pour les idées abstraites, pour les débats passionnés autour de questions qui ne se posent pas, pour l'exacerbation de polémiques débouchant sur des oppositions stériles...

On se trouve donc en présence d'une spécificité française ambiguë. La laïcité est apparue, dès la fin du xix^e siècle, dans un pays profondément divisé, dans un contexte parfois qualifié de « guerre civile ». Quelques décennies plus tard, elle a été consensuellement constitutionnalisée. Pourtant, depuis un peu plus de trente ans, elle se retrouve régulièrement au centre de débats politiques et sociétaux passionnés. Ils évoluent au fil du temps. Pourtant, ces variations apparentes n'effacent pas la

continuité d'un principe aux multiples facettes. Ceci tient, pour l'essentiel, au fait que la notion même de laïcité a plusieurs sens selon ceux qui l'invoquent. Elle a d'abord été une idéologie aux facettes variées formulée dans le contexte de la deuxième moitié du XIX^e siècle. Elle correspondait à la volonté d'assurer l'autonomie du politique à l'égard des dogmes et des institutions religieuses et plus particulièrement, en France, de l'Église catholique dont les liens avec certains régimes antérieurs avaient été vigoureusement critiqués par une partie de l'opinion. Sur fond de positivisme et de scientisme, influents à l'époque, elle a été un sujet de réflexions pour des penseurs de tendances diverses, reprenant fréquemment des thèmes issus de la période révolutionnaire. Parfois antireligieuse, elle a été le plus souvent anticléricale. Toutes ces doctrines, des plus extrémistes aux plus modérées, convergeaient cependant vers un certain nombre d'objectifs simples : écarter l'Église de la vie politique et, pour cela, combattre son influence dans la société, notamment dans l'éducation et la formation de la jeunesse. Cette idéologie a inspiré directement la législation scolaire et, de façon plus diffuse, des lois qui ont procédé à une sécularisation de la société. Pour des raisons en partie circonstancielles, elle a été à l'origine de la « grande loi laïque » de séparation des cultes et de l'État, du 9 décembre 1905.

Il n'est pas étonnant que la laïcité ait suscité et continue à susciter l'intérêt et l'attention d'auteurs appartenant à des disciplines diverses. Parmi eux,

on trouve naturellement des historiens qui permettent de mieux comprendre les origines, l'émergence, le contexte et l'évolution de l'idée de laïcité¹. Les philosophes s'interrogent sur le sens et la signification de la laïcité et prennent des positions très variées en fonction de leurs convictions personnelles. Il revient plus précisément aux moralistes de se prononcer sur l'existence et le contenu d'une morale laïque qui a été, selon les époques, présentée comme un substitut aux prescriptions religieuses ou comme une morale commune acceptable par tous au-delà de leurs croyances et de leurs convictions. Les théologiens, quant à eux, ont cherché à situer la notion de laïcité par rapport aux dogmes religieux et à savoir dans quelle mesure elle est ou non compatible avec eux en fonction de ses fondements, de sa portée et de l'interprétation donnée de la séparation du temporel et du spirituel. Plus qu'aux principes, les sociologues s'intéressent aux comportements individuels et collectifs. Dans quelle mesure ces derniers, ainsi que l'attitude des pouvoirs publics, sont-ils marqués par une référence consciente ou inconsciente à la laïcité ? Il convient donc, à partir de critères variés, de classer les comportements pour déterminer une sorte d'échelle de la laïcité caractérisant les sociétés étudiées².

1. J.-M. Mayeur, *La question laïque*, Fayard, 1997 ; J. Bauberot, *Histoire de la laïcité en France*, PUF, Que Sais-Je ?, n° 3571 ; Ph. Raynaud, *La laïcité : histoire d'une singularité française*, Gallimard, 2019.

2. Toutes ces approches sont parfois mêlées : J. Costa-Lascoux, *Les trois âges de la laïcité*, Hachette, 1996 ; F. de Smet, *Vers une laïcité dynamique*, Académie Royale de Belgique, 2012 ; Ph. Gaudin, *Tempête sur la laïcité*, Robert Laffont, 2018 ; G. Haarscher, *La laïcité*,

La liste n'est pas exhaustive car la laïcité a pu encore donner lieu, entre autres, à des études littéraires, psychologiques, économiques et, naturellement, politiques... Toutes ces recherches sont fort utiles pour comprendre ce qu'est ou ce que peut être la laïcité et pour inspirer l'adhésion ou le rejet des lecteurs. Mais, elles se caractérisent, par définition, par la diversité des points de vue exprimés. Dans la mesure où elles se mêlent ou s'opposent, elles risquent d'entraîner des confusions, des incompréhensions, des revendications ou des ambiguïtés. Au terme de telles études peut se dégager le sentiment que l'on est en présence d'une laïcité « introuvable », une utopie à rejeter ou un idéal à atteindre plus ou moins sans consistance.

L'approche juridique est a priori fort différente. Sans doute n'est-elle pas ignorée des approches pluridisciplinaires précédentes, mais elle y apparaît souvent au second plan, destinée à conforter une opinion ou à appeler à aller au-delà. En outre, il arrive fréquemment que la place respective des diverses facettes de la laïcité ne soit pas correctement présentée, faute notamment de les situer dans la hiérarchie des normes juridiques. Enfin, les auteurs n'ont pas et ne peuvent avoir pour objectif de dégager des règles contraignantes

PUF, QSJ, n° 3129 ; C. Kintzler, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Librairie philosophique J. Vrin, 2008 ; G. Coq, *Laïcité et République*, Le Félin-Kiron, 2003 ; H. Pena-Ruiz, *Dieu et Marianne : philosophie de la laïcité*, PUF, 1999 ; Ph. Portier, *L'État et les religions en France, une sociologie historique de la laïcité*, PUR 2016 ; P. Weil, *De la laïcité en France*, Grasset, 2021 ; S. Agacinski, *Face à une guerre sainte*, Seuil, 2022.

ou un ensemble de solutions précises. L'approche juridique devrait permettre de mieux circonscrire ce qu'est effectivement la laïcité. Elle a une spécificité qui justifie qu'on lui accorde une attention particulière. Elle est la seule qui s'impose à tous et qui revêt un caractère obligatoire. Les caractères de la règle de droit en découlent : clarté, accessibilité, intelligibilité constituent les conditions même de son applicabilité, puisque nul n'est censé ignorer la loi. Ces caractères généraux ne sont pas absents du droit de la laïcité mais il convient pourtant de nuancer, car ce droit présente quelques particularités dans le domaine juridique.

Pendant longtemps le principe de laïcité n'a pas été officiellement défini. Il a pourtant inspiré des législations, s'y référant parfois explicitement, mais souvent implicitement, et dont les plus importantes sont antérieures à sa proclamation constitutionnelle. Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, qu'il ne corresponde pas à un corpus juridique cohérent et relativement homogène. En outre, les lois disparates qui lui donnent une certaine substance ont été abondamment interprétées par les autorités administratives et par les juges, au premier rang desquels il faut mentionner les juridictions administratives et le Conseil d'État. De ce fait, le droit français de la laïcité est, dans la détermination de sa consistance et de sa logique, autant un droit jurisprudentiel que législatif. En interprétant, en conciliant les droits et libertés, le Conseil d'État a largement contribué à donner un sens et une cohérence à ce droit que le législateur

n'a abordé que ponctuellement. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a, dans son domaine de compétence, complété ce long travail d'interprétation qui est cependant loin d'être terminé. En effet, comme tout principe juridique, le principe de laïcité n'est pas immuable. Il a évolué et continue à le faire au gré des lois et des interprétations, elles-mêmes inspirées par l'orientation que les responsables politiques veulent lui donner. En d'autres termes, il serait difficile de codifier ou de mettre en fiches tout le « droit de la laïcité ». Tout au plus peut-on énumérer et exposer les solutions les plus stables et les mieux établies, sorte d'inventaire hétéroclite, tant elles interviennent dans des domaines divers et se situent à des niveaux différents³. Surtout, même si l'on y parvenait, on risquerait de rester sans réponse précise sur des sujets nouveaux, lorsque la jurisprudence est encore hésitante. Il resterait aussi à en fixer les limites. Faut-il y inclure des lois ou réglementations à propos desquelles on a seulement évoqué la laïcité, tout en se fondant sur d'autres principes juridiques ?

Le droit de la laïcité, comme tous les droits façonnés par la jurisprudence, est construit autour d'éléments de définition et non d'une définition rigide. Il a une géométrie variable selon les domaines avec une présence très prégnante par exemple dans le milieu scolaire public qui en a constitué la base. Il est assorti d'exceptions et de nuances en

3. Collectif d'auteurs, *Laïcité et liberté religieuse*, Recueil de textes et de jurisprudence, Les éditions des journaux officiels, 2011.

fonction de l'histoire, de l'état de la société et de la valeur des libertés qui lui sont opposées ou dont il serait le garant.

Paradoxalement, la laïcité si souvent invoquée, citée, débattue, autour de laquelle l'opinion s'est déchirée, ne peut pas être aisément connue du public, d'où des risques de confusion, d'erreurs, voire d'abus volontaires ou involontaires.

Ceci tient, en premier lieu, à la façon dont a été formulé le principe de laïcité. Il n'a pas été inséré dans la Constitution sous la forme d'une norme dotée d'un contenu précis, mais seulement comme un qualificatif de la République française : « La République est indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Tous ces qualificatifs renvoient à un certain nombre d'idées, de faits historiques, voire de possibilités de mises en œuvre, plus qu'à un ensemble de normes déterminées. Les interprétations de chacune de ces notions sont variées et demeurent incertaines. Par exemple, l'indivisibilité de la République renvoie à l'idée d'une unité du peuple et du territoire. Elle n'a pas empêché des discussions sur la prise en compte de catégories de citoyens qui s'est traduite par l'introduction de l'exigence de « parité entre hommes et femmes » aux articles 3 et 4 de la Constitution. De même, il a été admis que certains territoires, qui avaient été considérés comme faisant partie de la France, puissent s'en séparer ou obtenir un statut spécifique. Il s'est agi de territoires d'outre-mer et non de départements mais peut-on exclure que certains de ces derniers pourraient évoluer de même, si les

circonstances s'y prêtaient, sous la seule condition d'un référendum d'autodétermination ? De même, le caractère démocratique de la République pourrait être rapproché de son « principe » mentionné à l'article 2 de la Constitution : « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », mais cela laisse beaucoup de questions en suspens, dont seuls quelques éléments sont fournis aux articles 3 et 4. Il existe plusieurs types de démocraties et le régime électoral ou l'usage du référendum sont déterminants. Il en va a fortiori de même du caractère « social » de la République. Il induit une recherche d'égalité et de fraternité dans un cadre de liberté, pour reprendre les mots-clés de la devise nationale, qui suppose l'adoption de lois avec toutes les variantes successives découlant des choix politiques.

Ce qui complique l'approche juridique, c'est qu'elle se construit par le biais d'interprétations qui procèdent d'un raisonnement juridique a priori cohérent. Mais, elle se construit aussi à partir d'interventions législatives, ce qui est tout à fait logique puisque c'est prioritairement au législateur de mettre en œuvre les principes constitutionnels. Or, les débats politiques se déroulant au Parlement mêlent nécessairement des approches et des réflexions politiques et idéologiques aux concepts juridiques. Lorsque la loi est adoptée, lorsqu'elle est formulée en tant que norme, il convient de la replacer dans un cadre et d'en déterminer la portée, ce qui suppose que l'on recherche ses fondements. Or, ces derniers ne sont pas toujours formulés de façon explicite et n'ont pas toujours été les mêmes

dans l'esprit de ceux qui ont voté. Ainsi, là où certains sont intervenus dans une perspective laïque, d'autres auront eu pour motivation des préoccupations d'ordre public, de respect des principes de liberté et d'égalité entre les administrés, ou du bon fonctionnement des services publics. Il n'est pas toujours facile de se prononcer tant que les juridictions qualifiées ne sont pas intervenues. Certaines lois ou réglementations, laïques pour les uns, ne le seront pas réellement pour les autres.

En se proclamant laïque, la République française a déterminé sa manière spécifique d'être neutre, de la même façon qu'elle a une conception originale de son indivisibilité ou de ses caractères démocratiques et sociaux. Plus qu'à un catalogue, le droit de la laïcité correspond à un équilibre, ou plutôt à un ensemble d'équilibres complexes.

On ne peut le comprendre qu'en partant de son histoire, indissociable de celle de la France issue de la Révolution, qui lui confère toute son originalité. Son élaboration explique qu'il imprègne de façon variable l'ordre juridique français. Elle explique, également, la raison d'être et les limites du débat permanent qu'il suscite.

La façon dont Maurice Hauriou appliquait sa doctrine des équilibres au droit constitutionnel convient très bien à l'approche de la laïcité. « Ou bien, écrivait-il, cette donnée (des équilibres) n'a aucune valeur, ou bien si on l'introduit dans le droit constitutionnel, elle doit y devenir un

principe d'ordre. »⁴ La laïcité aurait pu rester hors du champ du droit et n'y avoir de ce fait aucune valeur. Dès lors qu'elle a été mentionnée dans la Constitution, elle est devenue un principe d'ordre et les équilibres qu'elle engendre doivent trouver une certaine cohérence.

Ceci se vérifie encore plus lorsqu'on se trouve, comme c'est le cas ici, en présence d'un ensemble d'équilibres mouvants, ce qui fait de la laïcité de la République une notion floue susceptible d'une multitude d'interprétations. Il revient à la liberté de ceux qui se livrent à une approche politique ou philosophique de la laïcité d'en dessiner les traits et l'orientation qui leur convient. En revanche, si l'on entend se situer sur le seul terrain du droit et plus spécialement du droit positif, il est quasiment impossible de porter une appréciation unique et globale sur la laïcité juridique. Elle a été façonnée de façon progressive pour des raisons variées et complexes. Elle n'a acquis sa consistance qu'au terme de longs processus qui ont déterminé l'essentiel de ses éléments et de ses caractères et lui ont permis d'être constitutionnalisée. Après une stabilisation que l'on a crue durable, sous la IV^e République et au début de la V^e République, où elle a fait l'objet d'un large consensus, la laïcité a continué à évoluer sans que, pour l'instant, on puisse entrevoir une nouvelle stabilisation. La laïcité de la République a été menace ou garantie pour les libertés selon les moments de sa construction et en fonction du

4. M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, p. 417 (réédition Dalloz, 2010).