Laïcité et principe de non-discrimination

Marie-Joëlle Redor-Fichot

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/7303>

DOI : 10.4000/crdf.7303

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 2005

Pagination : 87-98

ISBN : 2-84133-250-0

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Marie-Joëlle Redor-Fichot, « Laïcité et principe de non-discrimination », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 4 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2020, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/7303> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.7303>

Laïcité et principe de non-discrimination

Marie-Joëlle REDOR-FICHOT

Professeur à l'Université de Caen Basse-Normandie

Introduction

I. La laïcité, garante de la non-discrimination entre croyances ?

A. La laïcité, une garantie indispensable de la non-discrimination ?

B. La laïcité, une garantie effective de la non-discrimination ?

II. La laïcité menacée par les discriminations entre les sexes ?

A. La laïcité, un rempart contre la discrimination entre les sexes ?

B. La laïcité productrice de discriminations ?

Introduction

Quoique distincts, les principes de laïcité et de non-discrimination sont étroitement imbriqués, tant parce que les textes qui énoncent le principe de laïcité se réfèrent généralement en même temps à la non-discrimination, que parce que, sur le fond, la laïcité trouve sa justification dans l'idée de non-discrimination à travers le concept de neutralité.

Ainsi l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 juxtapose les deux principes dans un énoncé qui laisse place à une certaine ambiguïté : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. » À la lecture de cet article, il semble d'abord que la non-discrimination en raison de la religion

vient compléter le principe de laïcité, laissant dans le vague la définition constitutionnelle de ce que peut être une république laïque. Mais dès lors que l'on s'interroge sur le contenu de la laïcité, la non-discrimination apparaît comme un élément constitutif de cette dernière. C'est du moins ce qui ressort de la littérature juridique et politique abondante sur la question. Le principe de laïcité de l'enseignement public, nous dit le Conseil d'État dans son avis rendu le 27 novembre 1989, « interdit toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves »¹. De même, le rapport Stasi rendu en 2003 fait-il de l'égalité de droit un élément de la laïcité². La non-discrimination apparaît donc comme consubstantielle à la laïcité, celle-ci étant en quelque sorte garante de celle-là. Les deux principes ne se confondent pas cependant, d'abord parce que le champ d'application du principe de non-discrimination

1. Avis n° 346.893 rendu par l'Assemblée générale (section de l'intérieur) du CE le 27 novembre 1989, *Les Grands Avis du Conseil d'État*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 225-234, p. 227. Cette position de principe est reprise au contentieux, notamment dans l'arrêt *Ministre de l'Éducation nationale / Ali* rendu par le CE le 20 mai 1996 (*R*, 187 ; *AJDA*, 96, 709) pour justifier l'annulation de l'exclusion d'une élève fondée uniquement sur son refus d'ôter le foulard. Le législateur a finalement adopté la position inverse avec la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de tout signe ostensible dans les établissements publics d'enseignement primaire et secondaire...

2. Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport remis au président de la République le 11 décembre 2003*, « Introduction » : « La laïcité, pierre angulaire du pacte républicain, repose sur trois valeurs indissociables : liberté de conscience, égalité en droit des options spirituelles et religieuses, neutralité du pouvoir politique. »

ne se restreint évidemment pas à la seule question des croyances religieuses, ensuite parce que le principe de laïcité ne figure que dans la Constitution, alors que la non-discrimination résulte aussi de textes internationaux et européens : qu'il s'agisse du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴, ou du Traité instituant la Communauté européenne⁵, le principe est énoncé avec force, et lorsque le texte ne lui accorde pas une portée générale comme c'est le cas du droit actuellement applicable de la Convention européenne, il est assorti d'une sanction juridictionnelle efficace grâce à la jurisprudence dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ces relations d'inclusion partielle sont encore compliquées par les ambiguïtés de la définition de chacun des principes, d'autant plus que les concepts et leur application ont évolué dans le temps, sans que cette évolution soit véritablement linéaire. Ainsi a-t-on souvent opposé des conceptions différentes de la laïcité : entre la laïcité de combat des anticléricaux qui, au mieux, signifie l'ignorance de l'État à l'égard des religions, au pire, son hostilité, et la laïcité ouverte, tolérante qui correspond à la reconnaissance du fait religieux, voire à sa prise en compte active, le principe donne lieu à des applications très différentes. Et si l'on reconnaît aujourd'hui que le principe de laïcité n'a jamais eu pour signification juridique l'hostilité de l'État à l'égard des croyances, il n'en reste pas moins que la marge est très grande entre l'indifférence et la prise en compte, et que cette marge évolue dans le temps au gré des circonstances. Quant au principe de non-discrimination, il peut lui aussi trouver des applications très diverses et difficilement prévisibles. La jurisprudence⁶ estime en effet que le principe n'interdit pas les distinctions en rapport avec l'objet de la loi justifiées soit par l'intérêt général (c'est vague), soit par des différences de situation objectives (ce n'est pas beaucoup plus précis), et les débats sur la discrimination positive montrent les incertitudes du concept et de son avenir. Du coup, une conception ouverte de la laïcité peut justifier que soient mises en place des discriminations positives au profit des nouveaux cultes ; inversement, l'indifférence à l'égard du fait religieux pourrait conduire à ignorer les éventuelles discriminations véhiculées par certaines croyances. Conçu dès l'origine comme

une garantie de la liberté de conscience⁷, le principe de laïcité doit assurer l'égal respect de toutes les croyances et non-croyances ; en ce sens il est une garantie de la non-discrimination entre les croyances. Mais cette neutralité nécessaire à l'égalité liberté de conscience est remise en cause si une croyance est favorisée au détriment des autres, ou si une croyance est au contraire stigmatisée. Pour autant la neutralité impliquée par le principe de laïcité peut elle s'accommoder de toutes les croyances quel qu'en soit le contenu, la laïcité doit-elle aussi garantir le respect de convictions générant des discriminations entre les sexes ? Et si les pouvoirs publics se préoccupent du sens à donner à telle ou telle conviction, ne risquent-ils pas de générer à leur tour des discriminations entre les individus en raison de leurs croyances ? Érigée en valeur républicaine propre à la tradition constitutionnelle française⁸, la laïcité est aujourd'hui aux prises avec ces questions qui renouvellent l'approche que l'on peut avoir des relations entre laïcité et non-discrimination. Alors qu'historiquement le principe de laïcité visait à garantir la non-discrimination entre les croyances (I), il est parfois invoqué aujourd'hui comme un moyen de lutter contre les discriminations entre les sexes que véhiculeraient certaines croyances (II).

I. La laïcité, garante de la non-discrimination entre croyances ?

Historiquement, la laïcité résulte de la volonté d'éviter la soumission du temporel au spirituel, et d'affirmer l'autonomie de l'État à l'égard de l'Église catholique. Elle s'est traduite par la séparation des Églises et de l'État énoncée par la loi du 9 décembre 1905 qui vise à la fois à empêcher les Églises de s'immiscer dans les affaires publiques (donc dans les services publics) et à empêcher les pouvoirs publics de s'immiscer dans les affaires religieuses. Cette séparation, combinée à la liberté de conscience énoncée dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et rappelée à l'article 1^{er} de la loi de 1905, implique la neutralité des pouvoirs publics à l'égard du fait religieux, neutralité dont l'objectif est de garantir la liberté des non-croyants mais aussi celle des croyants, de quelque obédience qu'ils soient. Ainsi, selon le Conseil d'État, « la laïcité française doit, à tout le moins, se décliner en

3. Article 26 du PIDCP.

4. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 14 ; Protocole n° 12 additionnel à la Convention ouvert à la signature le 4 novembre 2000, non encore en vigueur.

5. Article 13 du TCE : « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

6. Jurisprudence constante du juge administratif (CE ass 13 juillet 1962 Conseil national de l'ordre des médecins, *R*, 479) reprise par le Conseil constitutionnel (CC n° 89-266DC, 9 janvier 1990, *RFDC*, 1990, 326). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens (voir notamment l'arrêt Van der Mussele / Belgique 23 novembre 1983, A n° 70) mais admet en outre aujourd'hui que les États doivent aussi appliquer un traitement différent à des personnes en situation sensiblement différente (Thlimmenos / Grèce 6 avril 2000, *RTDC*, 2000, 434).

7. O. Schramek et M. Guyomar, commentaire de l'avis rendu par le Conseil d'État le 27 novembre 1989, *Les Grands avis du Conseil d'État*, p. 231.

8. « La primauté du droit de l'Union reste inopposable, dans l'ordre juridique interne, aux dispositions de la Constitution française inhérentes à ses structures fondamentales [...] la réserve de constitutionnalité qu'elle laisse subsister, conforme à la décision bioéthique, ne touche qu'un petit nombre de matières (laïcité, égalité d'accès aux emplois publics, délai d'un mois imparti au Conseil constitutionnel pour statuer...) », commentaire de la décision n° 2004-505 DC du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18.

trois principes : ceux de neutralité de l'État, de liberté religieuse et de respect du pluralisme »⁹. Cette neutralité implique donc le refus des discriminations entre croyances et non-croyances ainsi qu'entre croyances diverses. Partant, le principe de laïcité peut sembler le meilleur garant de la non-discrimination entre croyances, alors d'une part que la liberté de conscience et la non-discrimination s'imposent à tous les États qui ont ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, et d'autre part que l'effectivité de la garantie présentée par la laïcité au titre de la non-discrimination entre croyances est aujourd'hui discutée.

A. La laïcité, une garantie indispensable de la non-discrimination ?

Les États qui, comme la France, ont adopté le système d'une séparation stricte entre l'Église et l'État sont largement minoritaires. Si l'on se contente de raisonner sur l'espace limité du Conseil de l'Europe, on s'aperçoit que la Turquie est presque la seule avec la France à relever d'un tel régime¹⁰. Pourtant, tous les membres du Conseil de l'Europe sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme qui leur impose non seulement de respecter la liberté de conscience et de manifestation des convictions de chacun (article 9), mais aussi d'assurer le respect de tous les droits qu'elle reconnaît sans discrimination entre les individus (article 14). La combinaison des articles 9 et 14 conduit à la fois à interdire aux États parties d'opérer des discriminations dans l'exercice des droits reconnus par la Convention à raison des convictions religieuses, et à leur interdire également d'opérer des discriminations dans l'exercice de la liberté de conscience et de manifester ses convictions. Cette seconde interdiction implique logiquement de traiter sur un pied d'égalité au moins relative toutes les convictions religieuses dans les limites posées par le paragraphe 2 de l'article 9 (celles du respect des droits et libertés d'autrui, de l'ordre public notamment). Cependant la Convention n'impose par pour autant aux États d'adopter un régime particulier dans leurs relations avec les cultes ; la diversité des conceptions en la matière entre les États du Conseil de l'Europe conduit la Cour à leur accorder une importante marge d'appréciation ; du coup, la Convention et l'interdiction des discriminations religieuses qu'elle contient s'accommodent des systèmes de cultes reconnus, voire de religion d'État. Un traitement inégal n'est en outre pas systématiquement constitutif d'un traitement discriminatoire, encore faut-il que l'État ait opéré une distinction entre des

situations pourtant analogues et qu'il l'ait fait sans justification objective et raisonnable. Sans être incompatible sur ce point avec la conception française de la non-discrimination, la jurisprudence européenne qui est en outre particulièrement attentive aux données caractérisant la vie de la société dans l'État, exige le plus souvent que la rupture d'égalité soit particulièrement nette, ce qui permet de comprendre qu'un État puisse accorder un régime de faveur à un ou plusieurs cultes sans pour autant enfreindre la Convention.

La laïcité n'est donc pas juridiquement une condition nécessaire de la non-discrimination entre les individus à raison de leurs convictions. Néanmoins, l'on peut penser que la séparation Églises / État présente des avantages indéniables s'agissant de l'égal respect de toutes les croyances et non-croyances. Les prescriptions imposées aux États par la Convention européenne visent en effet à sauvegarder d'abord les droits des individus, alors que le principe de laïcité est un principe d'organisation des relations de l'État avec les religions. L'interdiction des discriminations entre les individus en raison de leurs convictions religieuses ou du culte qu'ils pratiquent n'est donc pas identique à l'interdiction de différenciations entre les cultes, ni même à l'égalité de traitement de toutes les croyances que postule logiquement le principe de laïcité¹¹.

En outre, si la Convention interdit la discrimination dans l'exercice des droits qu'elle consacre, la Cour européenne des droits de l'homme fait une place éminente à la liberté religieuse, protégeant ainsi davantage les croyants que les non-croyants. La Convention n'impose donc pas un traitement strictement égal entre croyants et non-croyants, alors que le principe de laïcité vise historiquement à protéger d'abord les non-croyants¹². Il faut ajouter cependant que la Cour impose aussi aux États de respecter la liberté de conscience des agnostiques dans des conditions qui peuvent rappeler certains aspects du principe de laïcité : ainsi a-t-elle condamné la République de Saint-Marin pour avoir exigé des parlementaires qu'ils prêtent serment sur les Évangiles¹³ sous peine de déchéance de leur mandat, cette jurisprudence introduit ainsi une très relative séparation de l'Église et de l'État, non pas certes au nom de la non-discrimination, mais au titre de l'article 9 et du pluralisme qui imposent non seulement le respect des convictions de chacun, mais aussi le droit de manifester ces convictions et la liberté de ne pas pratiquer une religion. Cette liberté négative est en outre renforcée dans l'hypothèse d'un État laïque, la Cour prenant alors en considération ce contexte spécifique pour admettre la possibilité de restrictions plus importantes à la liberté religieuse au nom de la protection des non-croyants et des adeptes

9. *Un siècle de laïcité*, EDCE, n° 55, 2004, p. 272.

10. Si les Pays-Bas ont adopté un système de séparation des Églises et de l'État proche du système français, la prise en compte des convictions de chacun débouche sur la reconnaissance du communautarisme, voire sur une « tribalisation » de la société aux antipodes des conceptions françaises (voir le rapport Stasi précité, point 2-3).

11. Il faut cependant préciser que la liberté religieuse peut également être invoquée par les Églises devant la Cour : arrêt *Affaire Église métropolitaine de Bessarabie et autres / Moldova* 13 décembre 2001.

12. La compatibilité du principe de laïcité avec l'article 9 de la Convention a d'ailleurs été mise en doute à plusieurs reprises, en ce qu'il ne permettrait pas suffisamment l'expression des convictions religieuses.

13. Cour EDH 18 février 1999 *Buscarini / Saint-Marin*, RTDH, 2000, 261.

d'autres convictions¹⁴. Quoique logique, une telle approche peut sembler inégale dans ses conséquences en ce que la Cour admet plus facilement la conformité à la Convention de mesures restreignant la liberté des croyants dans un État laïque, et celles restreignant la liberté des non-croyants dans un État confessionnel, que l'inverse.

Quoi qu'il en soit, la prise en compte du droit comparé à travers le droit de la Convention impose d'admettre que la laïcité n'est pas juridiquement indispensable au respect du principe de non-discrimination entre croyants.

L'étude du droit interne conduit également à relativiser l'importance du principe de laïcité, puisque l'Alsace-Moselle d'une part, l'outre-mer d'autre part échappent à son application sans que pour autant soient sanctionnées des discriminations qui en résulteraient. Ainsi l'Alsace-Moselle a-t-elle conservé le régime concordataire qui s'appliquait sur l'ensemble du territoire avant la défaite de 1870, créant ainsi une distinction nette entre cultes reconnus et cultes non reconnus. Les premiers bénéficient d'avantages non négligeables partiellement compensés par un contrôle plus important des pouvoirs publics ; les seconds ne peuvent espérer de subventions, ni revendiquer que soit dispensé un enseignement religieux leur correspondant dans les écoles publiques. Cette situation spécifique sur cette portion de territoire rapproche ainsi la France d'autres États européens admettant l'existence de cultes reconnus, dont on a vu qu'elle était admise par le Conseil de l'Europe. Mais, s'agissant de la France, une telle différence de traitement pose problème à un double titre. D'abord, on ne voit guère sur quoi la distinction faite entre cultes reconnus et cultes non reconnus peut aujourd'hui être fondée : ni l'intérêt général, ni une différence de situation objective ne semblent pouvoir être sérieusement avancés en 2005 pour justifier que soient traités différemment culte protestant et culte musulman par exemple. Ensuite, on ne voit pas beaucoup mieux ce qui peut justifier une telle dérogation au principe de laïcité sur une partie du territoire plus de 85 ans après son retour à la France alors que le Conseil constitutionnel a souligné à plusieurs reprises la valeur constitutionnelle du principe de l'uniformité des conditions d'exercice des libertés publiques sur le territoire¹⁵. Une partie des principes constitutionnels ne s'applique donc pas en Alsace-Moselle, ce qui crée ici une

discrimination territoriale peu justifiable, et pourtant nécessairement admise par le juge administratif par le jeu de l'écran législatif¹⁶. Si la question de l'unité territoriale ne se pose pas dans les mêmes termes pour l'outre-mer¹⁷, il n'en reste pas moins que le contrôle de l'État sur l'organisation des cultes et le rôle privilégié accordé à l'Église catholique dans la plupart de ces territoires perpétuent la tradition coloniale sans justification juridique clairement établie ; on peut notamment s'interroger sur la validité d'une législation spéciale qui écarte au moins partiellement l'application du principe *constitutionnel* de laïcité.

Du point de vue du droit interne, l'application du principe de laïcité n'est donc pas intégrale et le retour au droit commun permettrait sans doute de mieux garantir le respect du principe de non-discrimination en matière religieuse. Encore faut-il cependant que la mise en œuvre concrète de la laïcité, lorsque celle-ci est applicable, se traduise par une garantie effective de non-discrimination.

B. La laïcité, une garantie effective de la non-discrimination ?

Sans être absolument indispensable au respect du principe de non-discrimination en matière de croyances, la laïcité remplit-elle cependant correctement sa mission, réussit-elle à assurer le respect effectif de l'égalité en ce domaine ? L'évolution du concept de laïcité d'une part, celle des comportements religieux au cours du xx^e siècle d'autre part conduisent à une réponse nuancée.

Lorsque la loi de 1905 est votée, l'accent est mis sur une conception relativement ouverte de la laïcité : celle-ci ne signifie pas ignorance du fait religieux, mais respect de toutes les croyances. De même, la loi insiste sur le respect de la liberté des cultes. Dès lors, l'État ne peut rester totalement indifférent à l'existence d'un culte majoritairement pratiqué dans la société qu'il gouverne. Si la séparation de l'Église et de l'État a permis à ce dernier de s'affranchir de l'emprise de l'Église catholique, ce n'est pas pour autant que les pouvoirs publics peuvent ignorer totalement l'influence de cette religion dans la société. Au-delà du discours anticlérical d'une partie de la classe politique, le phénomène religieux a donc été pris en compte tant pour

14. Voir notamment Cour EDH Leyla Sahin / Turquie 29 juin 2004, § 105 : « Dans leur arrêt du 7 mars 1989, les juges constitutionnels ont estimé que la laïcité en Turquie constituait entre autres le garant des valeurs démocratiques et des principes d'inviolabilité de la liberté de religion pour autant qu'elle relève du for intérieur, et de l'égalité des citoyens devant la loi (paragraphe 36 ci-dessus). Ce principe protège aussi les individus des pressions extérieures. Selon ces juges, par ailleurs, la liberté de manifester la religion pouvait être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes. Une telle conception de la laïcité paraît à la Cour être respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention et elle constate que la sauvegarde de ce principe peut être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie. »

15. Principe énoncé pour la première fois dans la décision du Conseil constitutionnel n° 84-185DC du 18 janvier 1985 : « si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire. »

16. Voir notamment CE 6 avril 2001 SNES, *AJDA*, 2002, 63 : « Considérant que l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, a maintenu en application dans ces départements les articles 21 à 79 du code civil local ; qu'ainsi le maintien en vigueur de la législation locale procède de la volonté du législateur ; que si, postérieurement à la loi précitée du 1^{er} juin 1924, les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi. »

17. Voir *Un siècle de laïcité*, p. 269-271.

régler la question de la dévolution des biens de l'Église catholique, que pour organiser certains services publics, générant par là même un statut privilégié pour le culte catholique. Tant que ce culte était celui de la très grande majorité de la population, une telle situation pouvait passer pour justifiée au regard du principe de non-discrimination : les différences de traitement pouvaient se fonder sur une différence objective de situation : l'appartenance à un culte largement majoritaire, phénomène dont l'État ne pouvait pas ne pas tenir compte. Mais la religion catholique a perdu progressivement de son emprise en même temps que d'autres pratiques religieuses apparaissaient en France ; aujourd'hui la religion musulmane est ainsi la seconde religion de France¹⁸, sans que pour autant soient modifiés en profondeur les rapports privilégiés du culte catholique avec l'État. Dès lors, surgit nécessairement la question d'une discrimination entre les cultes qui apparaît à différents niveaux : lieux de culte, aumôneries, fêtes religieuses en constituent les principaux.

D'abord la question des lieux de culte. Alors que la loi de 1905 exigeait des différents cultes qu'ils constituent des associations cultuelles pour recueillir les biens des établissements publics du culte, l'Église catholique a refusé de se plier à cette exigence ; les églises déjà construites sont de ce fait devenues la propriété des collectivités publiques désormais chargées de les entretenir¹⁹. Les autres cultes ne bénéficient pas de cette situation : non seulement l'entretien des bâtiments leur incombe, mais la construction des lieux de culte se heurte à des réticences de la part de certains élus locaux, au point que le ministère de l'Intérieur a dû rappeler dans une circulaire adressée aux préfets que « l'édification d'un lieu de culte ne peut être empêchée que pour des motifs liés à l'application des règles en vigueur, notamment des règles en matière d'urbanisme et de construction des édifices recevant du public »²⁰. Le ministre constatait ainsi en creux l'existence de discriminations dans les refus de permis de construire opposés à certaines associations cultuelles ; mais au-delà de ces discriminations de fait, la situation juridique héritée de l'histoire des relations entre l'État et l'Église catholique conduit juridiquement à une différence de traitement quant à la question de la propriété et de l'entretien des locaux que l'on pourrait assimiler à une forme de subvention publique au culte catholique, subvention interdite précisément par la loi de 1905, alors que les autres cultes sont en principe strictement soumis au respect du principe de laïcité. Cette situation, quoique justifiée par un contexte historique particulier, posait déjà problème au regard des cultes protestant et israélite notamment ; elle paraît aujourd'hui en net décalage avec les pratiques religieuses contemporaines du

fait de l'importance prise par l'islam. Néanmoins, les textes autorisent les collectivités publiques à aider financièrement les associations cultuelles pour la réparation de leurs édifices, et depuis 1961 le législateur autorise ces collectivités à accorder une garantie d'emprunt pour la « construction d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux »²¹. Certains souhaitent aller plus loin et proposent de réviser la loi de 1905, voire d'instituer une forme de discrimination positive au profit des nouveaux cultes pour leur permettre d'édifier plus aisément des lieux de culte. Une telle solution conduirait alors à abandonner une partie de ce qui fait la laïcité : l'interdiction faite aux personnes publiques de subventionner les cultes dans le cadre de la séparation des Églises et de l'État. On voit ici les difficultés et les limites d'une conception ouverte consistant à prendre en compte le fait religieux au lieu de l'ignorer. Si l'ignorance est impossible, jusqu'où peut aller la prise en compte sans tomber soit dans la discrimination, soit dans la remise en cause du principe même de laïcité remplacé subrepticement par un régime de cultes reconnus bénéficiant aux seuls cultes majoritaires ?

On rencontre les mêmes problèmes s'agissant des aumôneries mises en place par l'État dans les services publics fermés de manière à donner la possibilité effective aux usagers ou aux agents d'exercer librement leur culte : il existe ainsi des aumôneries militaires, il en existe également dans les établissements scolaires, les hôpitaux et les prisons. Mais jusqu'à une date récente, on ne trouvait guère que des aumôniers catholiques, créant ainsi un traitement privilégié en faveur de ce culte. On pouvait certes estimer que ce traitement privilégié n'était pas discriminatoire dans la mesure où la situation largement majoritaire du culte catholique constituait une différence de situation objective pouvant justifier une différence de traitement ; c'est aujourd'hui beaucoup plus discutable et c'est sans doute pour échapper aux risques d'une condamnation pour discrimination que le ministère de la Défense a pris un arrêté le 16 mars 2005²² instituant une aumônerie musulmane, comme l'avait déjà suggéré la Commission Stasi en 2003²³.

La situation est plus difficile à modifier s'agissant des fêtes légales qui, pourtant, posent des problèmes du même ordre dans la mesure où toutes les fêtes légales religieuses sont liées à la célébration de cultes chrétiens ; les adeptes des autres cultes doivent faire la demande d'un jour de congé pour pouvoir célébrer leurs propres fêtes et les textes n'imposent pas qu'il soit fait droit à leur demande. Que ce soit dans l'entreprise ou dans l'administration, l'individu n'a pas de droit à congé pour fête religieuse, ce qui est parfaitement logique dans une république laïque, mais

18. Elle concerne 4 millions de personnes en France selon le rapport de la Commission Stasi.

19. La collectivité publique propriétaire peut, selon l'article 5 de la loi du 13 avril 1908 modifiant la loi du 9 décembre 1905, engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte ; mais cette faculté est en réalité une obligation dans la mesure où, selon la jurisprudence administrative, la collectivité engage sa responsabilité en cas de dommage résultant d'un défaut d'entretien normal de l'édifice.

20. Circulaire NORINTA0500022C du 14 février 2005 du ministre de l'Intérieur adressée aux préfets.

21. Article 112 de la loi n° 61-825 du 29 juillet 1961. Sur ces questions, voir *Un siècle de laïcité*, p. 299 sq.

22. Arrêté du 16 mars 2005, JO du 18 mars 2005, p. 4601.

23. Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport remis au président de la République le 11 décembre 2003*, point 4-3.3.

ce qui introduit une distorsion entre les chrétiens et les autres. Cependant, des autorisations ponctuelles sont possibles et le juge se réserve la possibilité d'annuler un refus fondé sur un motif illégal. Le Conseil d'État apprécie notamment si le refus est justifié par les contraintes d'organisation du service²⁴. En outre, les textes tendent à introduire aujourd'hui l'obligation dans certains cas de prendre en considération les grandes fêtes religieuses des autres confessions notamment dans le cadre scolaire²⁵.

D'une manière générale, le principe de l'égal respect des convictions religieuses ne va cependant pas jusqu'à imposer des obligations positives à l'État laïc ni à imposer de telles obligations dans les rapports privés. La Cour de cassation a ainsi exclu que les pratiques dictées par les convictions religieuses d'un locataire fassent naître à la charge du bailleur quelque obligation spécifique que ce soit. Mais la question a été discutée et la Cour d'appel de Paris avait retenu une solution contraire qui consistait à imposer au propriétaire d'installer une serrure mécanique pour éviter au locataire juif d'avoir à utiliser le digicode le jour du Shabbat²⁶. Il en va de même du respect des interdits alimentaires liés notamment aux convictions religieuses. Les juges s'assurent du respect du principe de non-discrimination en vérifiant que les motifs fondant le refus de prendre en compte ces interdits n'est pas dicté par des considérations discriminatoires, mais il n'existe pas d'obligation positive d'organiser les cantines en fonction de ces interdits²⁷.

Comme a pu le relever le Conseil d'État, « la laïcité française est une laïcité sur fond de christianisme »²⁸ ; autrement dit, la laïcité n'a pu éviter de prendre en compte le fait religieux majoritaire, et c'est cette prise en compte qui implique aujourd'hui de nouveaux accommodements pour tenter d'échapper aux discriminations entre croyances, mais avec le risque de substituer progressivement à la laïcité un régime de cultes majoritaires reconnus. En ce sens, on pourrait considérer qu'une laïcité fermée garantit mieux l'égal respect de toutes les croyances, mais ne s'agirait-il pas alors plutôt d'une égale ignorance de toutes les croyances, difficilement compatible avec l'effectivité de la liberté religieuse ?

La situation des cultes minoritaires ou marginaux illustre les limites de la garantie du principe de non-dis-

crimination offerte par le principe de laïcité. Cette situation a été celle pendant longtemps des musulmans, elle concerne aujourd'hui davantage les témoins de Jéhovah et les adeptes de ce que le Parlement a pu désigner sous le nom de sectes. Pour ces cultes et croyances, le premier problème est précisément celui de leur qualification : s'agit-il véritablement de cultes, de phénomènes religieux susceptibles de bénéficier des garanties de la liberté de culte ? L'opération de qualification est nécessairement discriminante, et pour qu'elle ne soit pas discriminatoire, cela suppose qu'elle se fonde sur des critères objectifs en rapport avec l'objet de la qualification. Or sur ce point il n'est pas certain que la jurisprudence administrative échappe à la critique puisque le Conseil d'État fait entrer dans les critères de l'association cultuelle celui de l'absence d'atteinte à l'ordre public qui semble étranger à la question de savoir si telle association a ou non pour objet (et pour objet exclusif) la « célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement par des personnes réunies par une même croyance religieuse de certains rites et de certaines pratiques »²⁹. Certes le respect de l'ordre public n'est pas affirmé comme un critère de l'existence d'un culte, mais seulement comme un élément nécessaire à la qualification d'une association comme association cultuelle. Mais les conséquences qui s'y attachent sont déterminantes sur le plan financier, et l'emploi de la notion floue d'ordre public permet au juge de distinguer entre les cultes pour mettre à l'écart ceux qu'il considère comme des sectes. Ainsi le problème s'est-il posé pour les témoins de Jéhovah, le juge administratif considérant à l'inverse du ministre que des associations locales pour le culte des témoins de Jéhovah ne menaçaient pas l'ordre public³⁰. Quelques années auparavant, le Conseil d'État s'était fondé sur le refus des transfusions sanguines pour admettre la légalité d'un refus d'agrément pour adoption opposé à des témoins de Jéhovah³¹. Il n'y avait pas selon lui de discrimination car la décision était fondée non pas sur l'appartenance à ce que beaucoup appelaient alors une secte, mais sur l'insuffisance des garanties offertes à l'accueil de l'enfant. L'année suivante cependant, la Cour européenne a jugé que « nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion »³².

24. Voir notamment CE ass 14 avril 1995 Consistoire central des israélites de France, *R*, 168.

25. Voir notamment la circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *JO* n° 118 du 22 mai 2004, p. 9033 : « Des autorisations d'absence doivent pouvoir être accordées aux élèves pour les grandes fêtes religieuses qui ne coïncident pas avec un jour de congé et dont les dates sont rappelées chaque année par une instruction publiée au Bulletin officiel de l'Éducation nationale. En revanche, les demandes d'absence systématique ou prolongée doivent être refusées dès lors qu'elles sont incompatibles avec l'organisation de la scolarité. L'institution scolaire et universitaire, de son côté, doit prendre les dispositions nécessaires pour qu'aucun examen ni aucune épreuve importante ne soient organisés le jour de ces grandes fêtes religieuses. »

26. Voir Ccass 3^e civ 18 décembre 2002, pourvoi 01-00519 : « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique. »

27. Voir notamment TA Marseille 26 novembre 1996, M^{me} Zitoussi / commune de Marignane.

28. *Un siècle de laïcité*, p. 392.

29. Avis rendu par l'assemblée du Conseil d'État le 24 octobre 1997, Association locale des témoins de Jéhovah, *R*, 372 ; *RFDA*, 1998, 61.

30. CE 23 juin 2000 Ministre de l'économie et des finances / associations locales des témoins de Jéhovah de Clamecy et de Riom, *AJDA*, 2000, 671. Comparer sur ce point la démarche de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt précité Affaire Église métropolitaine de Bessarabie / Moldova.

31. CE 24 avril 1992 département du Doubs / M. et M^{me} Frisetti, *R*, 195 ; *LPA*, 1993, n° 1, p. 11.

32. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 23 juin 1993 Hoffman / Autriche, A n° 255-C.

Le Parlement est quant à lui allé plus loin en votant une loi « tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales »³³, après que l'Assemblée nationale eut désigné sous le nom de sectes dans deux rapports rendus publics toute une série de mouvements à caractère religieux ou non, sans que soient clairement précisés les critères de qualification³⁴. Le cas des sectes montre à quel point il est difficile pour un État laïque de respecter les prémisses sur lesquels il se fonde : la séparation des Églises et de l'État interdit en principe à l'État de porter un jugement sur le contenu des religions et croyances³⁵ ; pourtant la volonté de faire respecter l'ordre public et de lutter contre les dangers présentés par les dérives sectaires le conduisent presque inévitablement à porter un tel jugement sur des mouvements qu'il va lui-même choisir de baptiser secte ou religion. C'est généralement sur l'impératif de protection de la jeunesse que se fondent les pouvoirs publics pour justifier une telle approche, dans le cadre d'une lutte contre les sectes qui a occupé le devant de la scène au cours des années 1990. Le débat s'est en partie déplacé aujourd'hui sur un autre terrain : celui de l'égalité des sexes et de la laïcité qui seraient menacées par certaines attitudes attribuées à des convictions religieuses radicales.

II. La laïcité menacée par les discriminations entre les sexes ?

Nul ne l'ignore, si la laïcité a fait l'objet depuis la fin des années 1980, et plus encore dans les cinq dernières années, d'une abondante littérature juridique et politique, c'est parce que le contexte sociologique et politique a généré des interrogations sur le contenu exact du principe et sur le sens qu'on peut lui donner aujourd'hui face à l'émergence d'un islam radical. Ainsi le législateur a-t-il finalement opté pour l'interdiction pure et simple du port de signes ostensibles dans les établissements publics d'enseignement, alors que le Conseil d'État avait jusqu'alors considéré que l'exclusion d'une élève motivée uniquement par le port du foulard était contraire au principe de laïcité qui « interdit [...] toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves »³⁶. Les réactions contradictoires suscitées par les affaires très médiatisées du foulard islamique montrent que pour les uns, l'État doit réaffirmer le principe de laïcité contre les discriminations que véhiculeraient certaines croyances, alors que pour les autres les réponses étatiques risquent de renforcer des discriminations sociales et religieuses déjà existantes.

A. La laïcité, un rempart contre la discrimination entre les sexes ?

« Aujourd'hui », selon le rapport Stasi, « la laïcité ne peut être conçue sans lien direct avec le principe d'égalité entre les sexes », et la commission propose « que la laïcité, intégrant l'égalité entre l'homme et la femme, fasse l'objet d'un temps fort d'étude et de débats, par exemple au cours d'une "journée de Marianne" qui pourrait être instituée pendant la semaine internationale de lutte contre le racisme »³⁷. Les divers rapports qui ont été consacrés ces dernières années à la laïcité recensent ainsi une série de comportements sexistes et de revendications identitaires attribués à des groupes politico-religieux se réclamant plus ou moins explicitement du Coran : port du voile imposé aux jeunes filles dans les cités, refus de la mixité dans les piscines, refus d'être soignées par des médecins hommes dans les hôpitaux, mais aussi remise en cause du contenu des programmes scolaires et de la mixité dans les écoles... Le principe de laïcité a du coup été sollicité à plusieurs reprises par les acteurs politiques et sociaux pour contrer ces phénomènes attribués, sinon aux musulmans dans leur ensemble, du moins à certains d'entre eux. Ce faisant, une partie du discours politique a fait de la laïcité le vecteur privilégié des valeurs républicaines pour s'opposer à un islam perçu comme radical. On est ainsi revenu à une laïcité de combat au nom à la fois du refus de l'emprise de la religion sur l'État (la laïcité interdit aux groupes religieux d'imposer leurs conceptions à l'État et aux services publics) et de la défense des valeurs républicaines telles que la non-discrimination entre les sexes ou le refus du communautarisme.

Mêlés dans le discours politique, principe de laïcité et égalité entre les sexes sont pourtant deux questions juridiquement distinctes : la neutralité de l'État à l'égard des convictions religieuses lui interdit de se prononcer sur le contenu du dogme et de porter un jugement de valeur sur ces convictions ; les pouvoirs publics ne peuvent donc pas en principe interpréter la signification que peut avoir tel signe d'appartenance religieuse, encore moins le sens à donner aux préceptes d'une religion. Pour autant, l'État ne peut se désintéresser complètement de la question : dès lors qu'il est gardien de l'ordre public et des principes constitutionnels, notamment celui de l'égalité des sexes, l'État doit réprimer l'expression de ces discriminations. Il peut alors interdire des pratiques qu'il estime discriminatoires ou contraires à l'ordre public. S'agissant des sectes, les pouvoirs publics ont déjà été conduits à porter au moins indirectement un jugement sur les convictions de leurs adhérents en les estimant dangereuses, comme en témoigne la jurisprudence sur le refus des transfusions

33. Loi 2001-504 du 12 juin 2001, JO 13 juin 2001, p. 9337.

34. Rapport du 22 décembre 1995 fait au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, document n° 2468, X^e législature ; « Les sectes et l'argent », rapport du 10 juin 1999 fait au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, document n° 1687, XI^e législature.

35. Il en va de même dans la jurisprudence de la Cour européenne : « la Cour rappelle que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État, tel que défini dans sa jurisprudence, est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de l'État quant à la légitimité des croyances religieuses » (arrêt précité).

36. CE 20 mai 1996 Ministre de l'Éducation nationale / Ali.

37. Rapport de la Commission Stasi au président de la République, p. 51.

sanguines par les témoins de Jéhovah³⁸. Pour ce qui est du port du foulard, le Conseil d'État s'est à plusieurs reprises réfugié derrière la question du danger pour l'élève ou des troubles à l'ordre public dans l'établissement généré par le port du « voile » pour admettre de plus en plus facilement la légalité de l'exclusion d'élèves voilées³⁹.

Mais la question de savoir si le fait d'arborer telle tenue vestimentaire est en soi constitutive d'une discrimination sexiste ou pas est infiniment plus délicate parce qu'elle appelle les pouvoirs publics à porter un jugement sur le sens à donner à cette pratique, voire sur le contenu même des croyances supposées la fonder. À la différence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰, le juge interne s'est donc généralement prudemment tenu à l'écart d'une telle problématique, malgré les fortes pressions politiques en ce sens. On peut noter de ce point de vue une évolution sensible entre 1989, date de l'avis rendu par l'assemblée générale du Conseil d'État et 2004, année de l'adoption de la loi concernant le port de signes religieux à l'école. En 1989, le Conseil d'État évoquait l'égalité des hommes et des femmes parmi les missions imparties au service public de l'éducation au nom desquelles la liberté de manifester ses convictions religieuses au sein de l'établissement pouvait être restreinte, mais le Conseil d'État ne se prononçait pas sur le sens à donner à tel ou tel signe d'appartenance religieuse. Dans sa jurisprudence ultérieure, il a au contraire toujours affirmé que le port du foulard ne pouvait être interdit en tant que tel, qu'il ne constituait pas par lui-même un signe ostentatoire ou revendicatif ou contraire au principe de laïcité. Dans la circulaire Bayrou du 20 septembre 1994, le ministre de l'Éducation nationale invitait les chefs d'établissement à interdire les « signes ostentatoires qui constituent en eux-mêmes des éléments de prosélytisme ou de discrimination »⁴¹. Le juge administratif a neutralisé cette circulaire en estimant qu'elle ne modifiait pas le droit antérieur, le ministre se bornant à donner « son interprétation de la loi » sans imposer quoi que ce soit aux chefs d'établissement⁴². Enfin, la loi du 15 mars 2004 et la circulaire Ferry du 18 mai 2004 reprennent la solution préconisée par la circulaire Bayrou mais en échappant au problème posé par la question du sens à donner au signe religieux : désormais le foulard est interdit (comme la kippa ou la croix de grande taille) en tant que signe ostensible, sans qu'il soit fait mention du caractère discriminatoire qu'il pourrait revêtir. La circulaire rappelle d'ailleurs que « le principe de laïcité s'oppose évidemment

à ce que l'État ou ses agents prennent parti sur l'interprétation de pratiques ou de commandements religieux »⁴³. L'honneur juridique est donc sauf, mais chacun sait que derrière cette interdiction, c'est en grande partie la signification que certains attribuent au port du foulard, voire à la religion musulmane, qui était visée.

Si les deux principes de laïcité et de non-discrimination entre les sexes restent donc juridiquement distincts, ils sont néanmoins souvent mentionnés conjointement, comme en atteste d'ailleurs le rapport annexé au projet de loi Fillon tel que le Parlement l'avait adopté en mars 2005 : « les valeurs de la République [...] impliquent en particulier le respect du principe de laïcité et de neutralité politique, idéologique et religieuse, le devoir de tolérance et de respect d'autrui dans sa personnalité et ses convictions, le refus de toute forme de discrimination, la garantie de protection contre toute agression physique et morale, et le devoir qui en découle pour chacun de n'user d'aucune violence sous quelque forme que ce soit, le principe d'égalité et de respect mutuel entre les sexes »⁴⁴. Le principe de laïcité, dit la circulaire Ferry, « repose sur le respect de la liberté de conscience et sur l'affirmation de valeurs communes qui fondent l'unité nationale par-delà les appartenances particulières »⁴⁵. Or au nombre de ces valeurs communes figure notamment l'égalité des sexes. Le concept de laïcité tend ainsi progressivement à se transformer pour incorporer la non-discrimination entre les sexes, mais aussi entre les groupes, et pour intégrer l'ensemble flou des valeurs républicaines dont la sauvegarde s'impose à toutes les institutions. Si ce glissement de sens de la laïcité est sensible dans le discours politique, il apparaît aussi dans certaines conclusions de commissaire de gouvernement qui attribuent une signification précise au port du foulard ; ainsi pour certains d'entre eux, le foulard « traduit une assimilation à un groupe culturel et religieux refusant l'intégration dans notre société française et notamment la référence à nos valeurs républicaines et démocratiques »⁴⁶, justifiant au fond l'exclusion d'une élève de onze ans. Plus récemment, le Tribunal administratif de Lyon a renoué avec ce point de vue à propos de la sanction frappant une contrôleuse du travail dont le refus d'ôter le foulard est selon les juges « de nature à instiller un doute [...] sur son loyalisme envers les institutions et sa fidélité à une tradition de la République française destinée à préserver la liberté de conscience, y compris religieuse, dans la paix »⁴⁷. Mais l'on voit ici qu'à trop vouloir

38. CE 26 octobre 2001 M^{me} Senanayake, *RFDA*, 2002, 146, concl. Chauvaux.

39. CE 10 mars 1995 M. et M^{me} Aoukili, *AJDA*, 1995, 332, concl. Aguila.

40. Dans les arrêts Dahlab / Suisse, 15 février 2001 (*AJDA*, 2001, 482) et Leyla Sahin / Turquie, 29 juin 2004 (*RTDH*, 2004, 951 ; *DA*, 2004, p. 33, n° 146), la Cour parle ainsi de « l'effet prosélytique que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes ».

41. Circulaire du 20 septembre 1994, *BOEN* du 29 septembre 1994.

42. TA Lille 13 avril 1995 Wissaadane et Chedouane, req. n° 95-285 ; CE 10 juillet 1995 association Un Sysiphe et M^{lle} Saglamer (2 arrêts du même jour), *AJDA*, 1995, 644, concl. Schwartz.

43. Circulaire du 18 mai 2004 précitée.

44. Extrait de la loi Fillon, texte adopté le 24 mars 2005, rapport annexé au projet de loi.

45. Circulaire du 18 mai 2004 précitée.

46. Conclusions de M. Depaix, commissaire du gouvernement dans l'affaire n° 941321-9590, TA Clermont-Ferrand 6 avril 1995 M. et M^{me} Naderan / M. le Recteur de l'Académie. Voir également les conclusions Bouleau sur TA Paris 10 juillet 1996, *GP*, 25-26 avril 1997, p. 8 sq.

47. TA Lyon 8 juillet 2003 M^{lle} Nadjet Ben Abdallah, n° 0201383, *AJDA*, 2003, p. 1951.

faire de la laïcité un rempart des valeurs républicaines, le risque est grand de transformer la laïcité en une nouvelle source de discriminations.

B. La laïcité productrice de discriminations ?

L'argument de la discrimination entre les sexes véhiculée par le foulard islamique a parfois pris l'allure d'un prétexte pour stigmatiser un comportement étranger aux traditions culturelles françaises. Derrière le rejet du foulard, il y a eu bien souvent un rejet de l'étranger, un amalgame entre l'islam, l'étranger, le terroriste, lié à la peur d'une perte d'identité culturelle. C'est dans ce contexte que prend tout son sens la mise en avant des valeurs républicaines avec, au premier rang, la laïcité. La Commission Stasi a souligné avec raison que le terreau du repli communautaire constaté dans certains quartiers se trouvait dans les discriminations multiples dont sont victimes leurs habitants. Or les débats qui ont entouré le vote de la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de signes ostensibles dans les établissements publics d'enseignement montrent que la laïcité brandie comme rempart de la République contre les valeurs qui la menacent pouvait générer à son tour une série de discriminations à l'encontre d'une partie de la population. Certaines associations en ont ainsi souligné les risques en matière d'accès à l'éducation et d'accès à l'emploi particulièrement pour les porteuses de voile. Qu'en est-il du point de vue juridique ?

Peut-on considérer que l'interdiction du port de signes ostensibles induit une discrimination à l'encontre de certains élèves ? La loi n'ayant pas été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, la question reste juridiquement ouverte du seul point de vue théorique au regard de la Constitution puisqu'aucun juge n'est susceptible d'opérer le contrôle de constitutionnalité ; en revanche, le contrôle de conventionnalité reste ouvert devant les juges administratif et judiciaire, et devant la Cour européenne des droits de l'homme, puisque la Convention protège d'une part le droit à l'instruction et d'autre part interdit les discriminations dans l'exercice des droits qu'elle énonce. Néanmoins les chances de succès devant la Cour européenne peuvent, à première vue, paraître assez minces en l'état de la jurisprudence actuelle. L'affaire Leyla Sahin, qui opposait à la Turquie une étudiante en médecine inscrite à l'Université d'Istanbul, conduit en effet la Cour à un constat de non-violation de la Convention, alors pourtant que la requérante se voyait interdire la poursuite de ses études à l'Université tant qu'elle n'aurait pas ôté le foulard islamique qu'elle portait. La Cour n'a pas répondu clairement à l'argument de la requérante selon lequel l'interdiction du port de signes religieux à l'Université impliquerait une discrimination dans l'exercice du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du protocole n° 1 de la Convention. Elle se contente en effet de renvoyer à l'argumentation qu'elle a employée pour exa-

miner l'éventuelle violation de l'article 9 de la Convention. Or, sur ce terrain, le constat de non-violation est essentiellement fondé sur le contexte particulier de la Turquie, « un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane » et où se développent « des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société toute entière leurs symboles religieux »⁴⁸ ; La Cour insiste sur l'importance de l'égalité des sexes et conclut que « lorsque l'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arboient pas »⁴⁹. Elle admet donc qu'au nom de la laïcité recouvrant ici la sauvegarde d'une série de valeurs également défendues par la Convention, la Turquie puisse interdire le port de signes religieux à l'Université parce que la signification qu'on leur attribue est perçue comme une menace pour la laïcité et la paix civile ; en ce sens il n'y a pas discrimination car on peut supposer que, pour la Cour, la poursuite de cet objectif d'intérêt général justifie le traitement imposé aux porteuses de voile, comme à tout autre porteur de signe religieux.

Ce raisonnement ne peut que difficilement être transposé à la France : à moins de forcer considérablement le trait, on ne peut pas soutenir en effet que la situation politique et religieuse y soit comparable à celle de la Turquie. Dès lors, et malgré la référence appuyée du Conseil constitutionnel à l'arrêt Leyla Sahin pour justifier la conformité de la liberté religieuse affirmée par la charte des droits fondamentaux au principe de laïcité énoncé par la Constitution⁵⁰, on peut douter de la compatibilité de la loi du 15 mars 2004 avec la Convention européenne des droits de l'homme : si l'interdiction ne trouve pas de justification suffisante dans le contexte particulier de la France, comment peut-elle constituer une restriction nécessaire à la liberté de manifester ses convictions ? Comment pourrait-elle en outre ne pas constituer un traitement discriminatoire dans l'exercice de cette liberté et dans l'accès à l'instruction ? Certes, la loi interdit le port de tout signe ostensible, elle met ainsi sur un pied d'apparente égalité toutes les religions ; néanmoins l'interdiction du foulard ou de la kippa n'ont pas la même portée que celle d'une croix de grande taille, car si une interprétation rigoriste de la foi musulmane ou de la religion juive impose le port de ces tenues vestimentaires, personne n'a jamais soutenu que les textes obligent les chrétiens à porter une croix de manière ostensible. Par conséquent, ce sont les adeptes de certaines religions qui se voient refuser non pas simplement la manifestation de leurs convictions dans l'école, mais également et surtout l'accès à l'école publique. Prudent, le législateur a pris soin de n'interdire le port des signes ostensibles que dans les établissements publics, laissant les établissements privés libres d'adopter ou non

48. Cour EDH, arrêt du 29 juin 2004 Leyla Sahin / Turquie, paragraphe 109.

49. *Ibid.*

50. Conseil constitutionnel, décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *RDP*, 2005, 3.

un règlement allant dans le même sens. L'accès de tous les enfants à l'instruction est donc sauvegardé, mais il n'est pas certain que cela soit suffisant pour échapper aux critiques. D'abord parce que rien n'impose aux établissements privés sous contrat d'accueillir les élèves arborant des signes ostensibles, des élèves peuvent donc ne trouver aucun établissement susceptible de les accueillir à proximité de leur domicile ; en outre, il n'existe pas actuellement d'écoles musulmanes sous contrat avec l'État, alors qu'il en existe pour la plupart des autres confessions ; ensuite parce que la Constitution de 1958 exige que soit organisé à tous les niveaux un enseignement public, gratuit et laïque⁵¹ auquel tous ceux qui le souhaitent doivent donc pouvoir avoir accès sans discrimination. Enseignement laïque certes, c'est-à-dire enseignement neutre permettant à tout élève, quelles que soient ses convictions, d'être accueilli dans la mesure où il respecte l'ordre dans l'établissement. Si le refus d'ôter un signe ostensible d'appartenance religieuse remet manifestement en cause cet ordre imposé par la loi et le règlement intérieur, tout le problème est cependant de savoir si cette législation très restrictive trouve une justification suffisante dans un impératif de même valeur que la liberté religieuse ou le principe de non-discrimination. Le principe de laïcité (donc de neutralité de l'État et des services publics), l'objectif de respect de l'ordre public et de la liberté d'autrui sont-ils suffisamment mis en péril par le port de ces signes ostensibles pour justifier une telle restriction ? Le principe de non-discrimination entre les sexes peut-il être invoqué pour justifier la disposition sans contrevenir du même coup au principe même de laïcité, autrement dit sans entraîner le pouvoir temporel sur le terrain de l'analyse des textes religieux ? On ne voit pas davantage ce qui peut justifier que l'interdiction s'applique aux seules écoles publiques. Enfin, s'agissant du voile, l'interdiction ne concerne par hypothèse que les filles, ce qui vient redoubler la discrimination entre sexes que certains prétendaient combattre. La Cour européenne a cependant considéré dans l'arrêt *Dahlab / Suisse* concernant un agent public que, dès lors que l'interdiction n'était pas fondée sur l'appartenance au sexe féminin, elle ne constituait pas une discrimination. La Cour ne s'intéresse ici qu'au motif de l'interdiction, sans se préoccuper des effets éventuellement discriminatoires qu'elle peut avoir, contrairement à sa jurisprudence habituellement soucieuse de l'effectivité des droits proclamés par la Convention.

S'agissant des agents publics, le droit français leur interdit lui aussi d'arborer des signes d'appartenance religieuse. Du coup, c'est l'accès à la fonction publique qui se trouve fermé à ceux qui estiment que leurs convictions religieuses leur imposent une tenue particulière : les pouvoirs publics sont neutres, leurs agents doivent donner

eux-mêmes les gages et les apparences de la neutralité pour éviter que l'usager du service ne puisse soupçonner chez l'agent une quelconque partialité. Ces arguments permettent de comprendre que les agents en contact avec le public ne puissent manifester leurs convictions, mais on voit moins pourquoi ils s'imposeraient aussi aux autres agents, sauf à faire un procès d'intention systématique à tout agent arborant un signe d'appartenance religieuse, comme a pu le faire le tribunal administratif de Lyon dans l'affaire *Nadjet Ben Abdallah*. Une fois encore, les porteuses de voile semblent faire l'objet d'un traitement particulier et la jurisprudence interne est ici partiellement relayée par celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui donne au foulard une signification particulière qu'il « semble difficile de concilier », dit-elle, « avec le message de tolérance, de respect d'autrui, et surtout d'égalité et de non-discrimination »⁵². Contrairement au Conseil d'État, la Cour a donné, à plusieurs reprises, une interprétation du foulard comme constituant un signe qui manifeste une remise en question de l'égalité des sexes. Si l'on s'interdit de porter une telle appréciation sur la signification de cette tenue vestimentaire et si par ailleurs l'on considère que le principe d'égal accès à la fonction publique est un principe constitutionnel, peut-on admettre que cet accès soit, non pas restreint, mais interdit à certaines personnes du fait de leurs convictions religieuses⁵³ ?

Dans sa décision du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel a insisté sur la liberté laissée aux États par la jurisprudence européenne en matière de réglementation de la liberté de manifester ses convictions religieuses. S'appuyant apparemment sur l'arrêt *Leyla Sahin*, il considère que la Convention (et donc la Charte des droits fondamentaux de l'Union) ne permet pas de s'affranchir des règles communes au nom de convictions religieuses. Tout dépend cependant sans doute du contenu de la règle commune et des raisons pour lesquelles elle a été instituée. Si, comme c'est le cas de la loi du 15 mars 2004, la règle commune a été instituée précisément pour empêcher l'expression des convictions religieuses, le brevet de conventionnalité n'est certainement pas acquis. Le problème se présente en revanche dans des termes différents s'agissant des revendications imposant de modifier l'organisation des services publics pour tenir compte des croyances religieuses des uns et des autres. Ainsi, les revendications visant à être dispensé de suivre certains cours en raison de leur contenu incompatible avec certaines convictions, celle d'être soigné par un personnel médical exclusivement féminin, l'exigence de voir des créneaux horaires réservés aux femmes dans les piscines constituent précisément des revendications visant à s'affranchir des règles communes et à exiger des pouvoirs publics une prise en compte

51. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 13 : « La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État. »

52. Voir notamment l'arrêt *Dahlab / Suisse*, 15 février 2001 : « il semble difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination. »

53. On peut ajouter que le Code du travail prohibe les discriminations à l'embauche fondées sur les opinions religieuses. Cependant le juge judiciaire admet qu'un employeur puisse refuser un emploi à une porteuse du voile non pas du fait de ses convictions mais du fait du contact de la personne avec la clientèle et des problèmes qui pourraient en résulter (CA Paris 16 mars 2001, *Habiba Charni*, *RJS*, 11 / 01, n° 1252). En outre, la spécificité du service public permet d'échapper à l'analogie avec le droit du travail.

effective des convictions religieuses diverses. La Convention n'impose apparemment pas à l'État de les prendre en compte et le principe de laïcité permet, semble-t-il, sans risque d'entrer en contradiction avec le principe de non-discrimination, de rejeter ces revendications. Depuis quelques années cependant, la Cour européenne⁵⁴ considère, à l'inverse de la jurisprudence française⁵⁵, qu'une différence significative de situation impose aux États d'instituer une différence de traitement pour que soit respecté le principe de non-discrimination. Cette jurisprudence actuellement limitée par le champ de l'article 14 de la Convention pourrait, si elle est maintenue, produire des effets surprenants lorsque le protocole n° 12 entrera en vigueur. L'existence de croyances religieuses particulières pourrait-elle constituer cette différence significative justifiant que les États soient obligés d'en tenir compte dans l'organisation des services publics ? Mais alors ne déboucherait-on pas sur l'acceptation de discriminations fondées sur l'appartenance sexuelle au nom du respect effectif des convictions religieuses ? La conciliation de deux principes de même valeur (la non-discrimination sexuelle d'une part, la liberté religieuse d'autre part) induit une réponse nécessairement négative et pose les limites de cette prise en compte des convictions diverses.

Conclusion

Il faut donc certainement distinguer deux situations : celle dans laquelle l'individu réclame simplement l'application de la loi commune et que lui soit donc appliqué un traitement identique aux autres ; celle dans laquelle il exige un traitement particulier pour que soient prises en compte ses convictions religieuses. Dans le premier cas, les pouvoirs publics ne peuvent écarter le principe du traitement identique que dans deux hypothèses : soit la situation particulière de l'individu au regard du service public, soit un motif d'intérêt général en rapport avec le service, qui justifierait qu'on lui applique un traitement différent. Ce motif d'intérêt général peut se trouver dans le principe d'égalité des sexes, mais cela supposerait que les pouvoirs publics prennent clairement position sur le fait que telle convic-

tion religieuse est contraire à l'égalité des sexes. Or c'est précisément ce que les pouvoirs publics souhaitent éviter, le temporel ne devant pas porter de jugement de valeur sur les croyances religieuses. Les autres motifs d'intérêt général susceptibles de justifier une différence de traitement pourraient être tirés de l'ordre public, voire des contraintes d'organisation du service ; ce qui suppose cette fois de démontrer que l'application d'un traitement identique perturbe gravement l'un ou l'autre sans qu'il soit possible de faire face à ce trouble par d'autres moyens que celui d'une différenciation entre modes d'expression de la conviction religieuse. En d'autres termes, il aurait fallu démontrer à la fois que le port du foulard, de la kippa ou de tout autre signe ostensible porte atteinte à l'ordre ou à la liberté de conscience des autres usagers du service, et que, inversement, son interdiction ne porte pas par elle-même une atteinte disproportionnée à cette liberté de conscience et au principe d'égal accès aux services publics. Mais la passion qui a présidé aux débats sur le port du foulard n'était guère propice à de telles démonstrations.

Dans le second cas (celui qui voit l'individu réclamer un traitement différent en raison de ses croyances religieuses), les pouvoirs publics sont actuellement fondés à le refuser, ils sont même contraints de le refuser lorsque ce traitement différent n'est pas justifié par une différence de situation objective, ou lorsqu'il contrevient à d'autres principes constitutionnels tel que celui de l'égalité des sexes.

Entre une laïcité ouverte qui risque de déboucher sur l'acceptation de discriminations sexuelles et une laïcité de combat qui stigmatise certains individus en raison de ce que l'on croit comprendre de leurs convictions religieuses, la route est donc étroite pour une application du principe de laïcité également respectueuse de la liberté de chacun. Elle est d'autant plus étroite que derrière la question laïque, c'est toute la question politique et sociale de l'intégration des colonisés d'hier et des immigrés d'aujourd'hui qui surgit, et que la discrimination politique, voire ethnique, née de la colonisation est restée trop longtemps occultée. Les tensions qui affectent aujourd'hui la laïcité et particulièrement l'école en sont l'une des manifestations.

54. Cour EDH Thlimmenos / Grèce 6 avril 2000, précité.

55. CE ass 28 mars 1997 *Baxter* (RFDA, 1997, 450, concl. Bonichot) : « Considérant que le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents. »