L'ordre public à l'épreuve de la liberté religieuse. Réflexions autour d'un débat

Patrice Rolland

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1111>

DOI : 10.4000/rdr.1111

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 9 juillet 2020

Pagination : 41-57

ISBN : 979-10-344-0065-2

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Patrice Rolland, « L'ordre public à l'épreuve de la liberté religieuse. Réflexions autour d'un débat », *Revue du droit des religions* [En ligne], 9 | 2020, mis en ligne le 18 mai 2020, consulté le 19 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1111> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.1111>

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

L'ORDRE PUBLIC À L'ÉPREUVE DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE. RÉFLEXIONS AUTOUR D'UN DÉBAT

Patrice ROLLAND

Professeur émérite de droit public

RÉSUMÉ

Depuis les fondements de l'État moderne, ordre public et liberté de religion entretiennent des liens particuliers et c'est d'ailleurs au sujet de pratiques religieuses que le débat sur la nature et le contenu de la notion d'ordre public a pris de l'ampleur. Les réflexions menées à propos de la dissimulation du visage ont notamment conduit à déterminer si, au-delà du respect de l'ordre public au sens traditionnel d'ordre dans l'État, les religions peuvent se voir imposer le respect de l'ordre des mœurs d'une société sécularisée. Des réponses divergentes ont été données, sanctionnées par une solution constitutionnelle qui semble ouvrir la possibilité d'adopter un ordre moral pour limiter l'expression des convictions religieuses.

ABSTRACT

Public order and freedom of religion have special links since the foundations of the modern State. The debate on the nature and content of the notion of public order has grown in importance with regard to religious practices. The discussions on facial concealment have led in particular to determine whether, beyond respect for public order in the traditional sense of order in the State, religions can be required to respect the morals of a secularized society. Divergent responses were given, sanctioned by a constitutional solution that seems to open up the possibility of adopting a moral order to limit the expression of religious beliefs.

On doit à une pratique religieuse – le port du voile intégral – un débat important sur les limites d'ordre public opposables à la liberté religieuse. Le débat actuel avait été ouvert une première fois en 1995 sur un autre sujet, avec l'introduction de la notion de dignité dans l'ordre public. Ce débat ne porte ni sur le but ni sur la fonction de l'ordre public dans une société. Indiquant à la volonté de l'homme ce à quoi il est impossible de déroger, les motifs en sont très variés et se répartissent dans les différentes branches du droit. Le contenu de l'ordre public, au contraire, est depuis toujours reconnu comme variable et évolutif, reflet des valeurs dominantes d'une société. À la lecture de l'Étude du Conseil d'État adoptée en 2010¹, plusieurs distinctions ont été posées : entre une conception matérielle et immatérielle de l'ordre public, entre une conception classique et une conception renouvelée, masquant à peine une distinction de caractère politique entre une conception libérale et une conception « républicaine » de ce même ordre. Les rapports entre l'ordre public et la liberté religieuse ne sont pas tout à fait les mêmes que ceux que les autres libertés entretiennent avec lui. L'histoire politique les a liés ensemble dans la réflexion sur les fondements de l'État moderne. L'interrogation sur leurs rapports rejaillit donc sur la conception de l'État et de la société politique. La religion tendant à une vision globale de la vie individuelle et collective s'implique aussi dans la vie sociale et dans les mœurs d'une société. Une question sur l'ordre public se porte naturellement sur l'ordre des mœurs, l'ordre moral. Rechercher et justifier les bornes de la liberté religieuse conduit donc à une interrogation plus générale sur le modèle politique et social de la communauté humaine. Pour le dire autrement, ce débat sur le contenu de l'ordre public porte sur le point de savoir si, au-delà du respect de l'ordre public au sens strict, les religions peuvent se voir imposer le respect de l'ordre des mœurs d'une société sécularisée.

1. LA LIBERTÉ RELIGIEUSE FACE À L'ORDRE PUBLIC

Vis-à-vis de ces limites d'ordre public, la liberté religieuse est-elle dans la même situation que les autres libertés ? Si c'est le cas formellement, d'un point de vue matériel ses caractères propres la placent dans une position assez différente. Leur rapport réciproque relève des questions politiques et juridiques parmi les plus importantes de la vie en société.

1. FRANCE. CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* : rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le jeudi 25 mars 2010.

1.1. L'ORDRE PUBLIC LIBÉRAL ET LA QUESTION RELIGIEUSE

Un lien historique exceptionnel existe entre la liberté religieuse et la construction de l'ordre public libéral. Il s'est constitué en résolvant la question de la pluralité conflictuelle des convictions religieuses et en assurant la suprématie de l'État sur les religions. Le choix libéral – celui qui met en avant la conservation des droits et libertés – a été façonné à partir de la question théologico-politique. En 1776, la déclaration de l'État de Virginie proclame à son article 18 la liberté de conscience et de culte « à moins que sous prétexte de religion il [l'homme] ne troublât la paix, le bonheur ou la sûreté de la société ». En 1789, en s'en tenant à la seule liberté des opinions « même religieuses », l'article 10 de la Déclaration des droits reconnaît le même principe « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public ». La religion est libérée de toutes les contraintes ou tutelles à condition de respecter l'ordre public d'une association politique dont le seul but est de garantir les droits naturels et imprescriptibles de l'homme. La loi de 1905 parachève, avec le principe de séparation, ce que la Déclaration de 1789 avait promis et laissé entrevoir. Pour la première fois en France, une authentique et complète liberté de religion est accordée. La séparation des deux ordres, religieux et politique, a mis fin aux liens instables et inégaux entre l'État et les convictions religieuses. Le Concordat et les Articles organiques étant abrogés, l'étendue de la liberté religieuse dépend dorénavant du contenu concret donné par les autorités à la notion d'ordre public. L'importance de la question du respect de l'ordre public est à la mesure de la liberté et de l'autonomie accordées aux religions.

D'un point de vue formel, la liberté religieuse est donc traitée de la même façon que toutes les autres libertés. Le principe de laïcité de l'État et le principe de séparation posés en 1905 marquent bien la soumission des convictions religieuses à la souveraineté de l'État dans le domaine temporel et la fin des conflits d'autorité entre le pouvoir civil et le pouvoir religieux. Les principes de liberté de conscience et d'égalité devant la loi abrogent la distinction entre les religions reconnues et non reconnues et entre les convictions non religieuses et religieuses. Le législateur de 1905 en a déduit immédiatement la soumission des religions au droit commun des libertés. L'article 25, en dispensant des formalités de l'article 8 de la loi de 1881 sur les réunions publiques, y assimile les réunions cultuelles et leur restitue une liberté d'organisation significative. L'absence du bureau chargé d'interdire les discours contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs est une présomption libérale, mais le principe ne saurait disparaître : dispensées de l'obligation de former un bureau, les réunions cultuelles « restent placées sous la surveillance des autorités dans

l'intérêt de l'ordre public ». Pour ne pas faire d'exception en faveur de la religion, le législateur, par la loi du 28 mars 1907, a même préféré modifier le droit commun en le libéralisant par l'abrogation de la déclaration préalable de réunion publique, « quel qu'en soit l'objet ». La preuve la plus explicite de cette soumission à l'ordre public du droit commun, parce qu'elle est aussi une marque de libéralisme dans la reconnaissance de l'expression religieuse, est le principe posé à l'article 27 de la loi de 1905. Alors que le projet gouvernemental, soutenu sur ce point par le rapporteur Aristide Briand, avait prévu l'interdiction des cérémonies extérieures du culte, la Chambre des députés dans un débat assez bref a choisi à l'inverse de les soumettre aux principes de l'ordre public commun. Lors de la séance du 26 juin 1905 à la Chambre des députés, les interventions et amendements de Groussau, Noulens et Ribot obtinrent le rejet du projet gouvernemental. Ribot déclarait : « Ne faites pas de distinction entre les manifestations qui ont un caractère religieux et les manifestations qui ont un tout autre caractère. L'ordre public est-il intéressé, oui ou non ? Voilà toute la question² ». Dès lors, la solution consistait à soumettre au droit commun – celui de l'actuel article L. 2212-2 3° CGCT – l'expression de toutes les convictions. Le Conseil d'État a immédiatement fait profiter de cette nouvelle liberté celles des cérémonies extérieures du culte qui affectaient le moins l'ordre public dans la rue (port du viatique à domicile et enterrements). L'argument du maintien de l'ordre public et des risques de désordres justifiant les interdictions a résisté un peu plus longtemps en ce qui concerne les processions ; mais, progressivement avant 1914 puis complètement entre les deux guerres, le Conseil d'État a renversé la présomption ancienne de risques de troubles pour faire prévaloir la notion de processions traditionnelles³. Cette position a été maintenue lors de l'apparition des « nouveaux mouvements religieux » confirmant le caractère libéral de la soumission au droit commun. L'interdiction préfectorale prohibant des manifestations cultuelles dans un bâtiment privé pouvait se fonder sur des motifs de sécurité publique ou de tranquillité publique, mais non sur une interdiction d'organiser des « manifestations, cérémonies, réunions ou offices de quelque nature que ce soit ». L'interdiction absolue ne correspondait pas « aux nécessités de l'ordre public » réservées par l'article 1^{er} de la loi de 1905⁴.

2. JOAN, 26 juin 1905, p. 2490 ; V. aussi P.-H. PRÉLOT, « Les signes religieux et la loi de 1905 », *Société, droit et religions*, n° 2, 2012/1, p. 29-33.

3. Sur tous ces points, V. l'analyse approfondie de J.-F. AMEDRO dans sa thèse *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la III^e République*, Panthéon-Assas Paris 2, 2011, notamment p. 573-616.

4. CE, 14 mai 1982, *Assoc. internationale pour la conscience de Krisna (AICK)* : D. 1982, p. 516, note P. BOINOT et C. DEBOUY.

1.2. L'AFFRONTEMENT DE DEUX ORDRES GLOBAUX

La conviction religieuse présente un caractère compréhensif qui n'appartient pas aux autres libertés. Ceci la différencie matériellement des convictions philosophiques pourtant traitées à égalité par le droit. Les religions peuvent vouloir – et elles l'ont fait le plus souvent – encadrer toute la vie et les actions du croyant⁵. Par comparaison avec les opinions ou convictions philosophiques, la religion engendre en général un sentiment d'obligations fortes chez l'individu croyant. Elle développe le plus souvent des règles morales concernant la sexualité, le mariage, la filiation et la famille en général, qui peuvent être soutenues par des règles de droit interne (droit canon, discipline, etc.) accentuant le sentiment d'obligation, quoiqu'elles ne soient normalement pas sanctionnées par le droit étatique. Elle induit encore dans de nombreux cas des pratiques individuelles ou collectives, corporelles, alimentaires, etc. qui ont une portée sociale au-delà de la vie privée. Si toutes n'ont pas de visée « intégraliste », la virtualité existe au sein des grandes traditions religieuses.

Ce sont donc deux ordres globaux ou compréhensifs qui se font face, celui de l'ordre public de l'État libéral qui prétend servir de cadre et de condition d'existence à toutes les autres doctrines qui guident l'homme dans sa vie et son action, et celui que la religion propose au croyant pour mettre en ordre son existence. Ils sont, en théorie, hiérarchisés et l'affrontement de la religion et de l'État dans le monde occidental a historiquement été réglé par la soumission des religions à la souveraineté de l'ordre étatique. Son ordre public s'impose donc sans contestation possible et la hiérarchie des ordres (juridiques) est clairement déterminée. Des tensions restent toujours possibles, soit en raison de prétentions religieuses intégralistes plus ou moins fortes, soit, surtout, en raison d'une frontière indécise entre le temporel et le spirituel. La loi de 1905 a pris le risque d'abroger le mécanisme « gallican » de solution du problème (les Articles organiques). La cause fondamentale de l'affrontement reste toujours celle qui fait trembler toute souveraineté terrestre : à qui le croyant obéit-il en dernier lieu ? La loi, dans quelques rares cas, devance les objections de la conscience en les organisant elle-même. Pour les personnels médicaux concernés par l'IVG, l'exception est pourtant critiquée au nom du service public qui devrait l'emporter sur la loi privée et la morale religieuse du médecin ou de l'infirmière. Il en a été de même pour l'obligation militaire, longtemps principe immuable du sacrifice citoyen pour

5. La doctrine catholique de la *societas perfecta* pousse à son maximum la comparaison égalitaire avec l'État et l'idée d'un ordre de même valeur quoique différent.

la défense de l'État. Le refus des Témoins de Jéhovah leur a valu de lourdes sanctions. Un service militaire de substitution reconnaissant l'objection de conscience, favorisé par une évolution des conditions matérielles de la défense de la patrie, a su préserver néanmoins une forme d'égalité entre les citoyens.

La question religieuse, depuis l'origine, pose à l'État une question existentielle. L'interrogation sur la notion et le contenu de son ordre public en est un reflet. La sécularisation des sociétés occidentales soulève-t-elle de nouvelles questions et modifie-t-elle la solution historique libérale ?

2. LA LIBERTÉ RELIGIEUSE QUESTIONNE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

Les débats autour du phénomène de la dissimulation du visage qui concernaient directement et presque exclusivement une pratique religieuse ont porté au plus haut point l'interrogation sur la nature et le contenu de l'ordre public : ses motifs classiques suffisent-ils à justifier une interdiction générale et permanente concernant une liberté fondamentale ? Des réponses divergentes ont été données, sanctionnées par une solution constitutionnelle définitive.

2.1. UNE INTERROGATION SUR LA NATURE DE L'ORDRE PUBLIC

Les pratiques religieuses avaient déjà donné lieu à une telle interrogation. Un arrêt d'Assemblée du Conseil d'État déniait à une association son caractère culturel, éclairé par les conclusions du commissaire du gouvernement Delon, avait soulevé des critiques dans la doctrine⁶. Celui-ci avait évoqué, en raison du refus de la transfusion sanguine par les Témoins de Jéhovah, la méconnaissance « d'un élément de notre ordre public social dont l'article 375 du Code civil assure la protection ». Il avait prudemment reconnu la difficulté de définir l'ordre public par rapport à une technique médicale en évolution qui pourrait permettre des soins équivalents sans transfusion sanguine. L'ordre public consistait donc à garantir, en l'état de la science médicale, le droit à la santé des enfants mineurs par le moyen d'une assistance éducative. Pierre Soler-Couteaux faisait remarquer que le juge civil, en vertu de l'article 375, mais aussi le juge pénal, étaient en mesure d'assurer ce droit à la santé des enfants et que refuser à une association la qualité de culturelle

6. CE, ass., 1^{er} févr. 1985, *Assemblée chrétienne « Les témoins de Jéhovah de France »* : RDP 1985, p. 483-509, concl. F. DELON et note J. ROBERT ; AJDA 1985, p. 232-233, obs. L. RICHER ; RFDA 1985, p. 566-574, note P. SOLER-COUTEAUX.

pour ce motif était une réponse inadaptée. Jacques Robert, dénonçant un « arrêt inquiétant », se plaçait plus directement sur le terrain du respect de la liberté religieuse et rappelait, selon une définition classique, que « l'ordre public vise la tranquillité et la sécurité des citoyens ». Il voyait dans cette décision une immixtion dans le fonctionnement d'une religion, dans ses rites et ses pratiques. Du raisonnement proposé par les conclusions Delon il tirait la conclusion qu'il faudrait aussi examiner les pratiques de jeûne des musulmans qui pourraient porter atteinte à un « certain ordre public économique » par un ralentissement de l'activité économique, ou encore les pratiques végétariennes de certaines sectes, ou le refus de l'avortement chez les catholiques porteur de risques pour la santé des femmes. L'arrêt du 24 avril 1992 *Département du Doubs c. Époux Frisetti* confirmait cette idée d'un ordre public social en validant un refus d'adoption pour garanties insuffisantes des conditions d'accueil liées au refus de transfusion sanguine. L'inquiétude soulevée par cette jurisprudence au regard de la liberté religieuse et du contenu de l'ordre public qui lui est opposé ne semble plus être d'actualité. Les tribunaux sont attentifs dorénavant à la réalité des faits dans la vie familiale après une enquête sociale⁷. L'argument d'ordre public ne peut plus être opposé de façon abstraite et générale ; plus exactement, il résulte simplement du respect de la loi. La conception classique et libérale de l'ordre public semble donc résister aux tentatives d'élargissement de son contenu. Plusieurs décisions concernant l'Association du Vajra triomphant lui ont dénié le caractère cultuel ou de congrégation au motif d'atteintes à l'ordre public liées à la construction de statues géantes. L'argument ne portait pas sur le respect d'un ordre public esthétique qui aurait indûment élargi la notion, mais bien sur le motif classique de troubles à l'ordre public résultant de poursuites pénales ou du refus d'exécuter une décision de justice devenue définitive⁸. Dans l'affaire du burkini où les bonnes mœurs et les codes sociaux dominants avaient pu être invoqués contre une tenue vestimentaire à connotation religieuse, le Conseil d'État a maintenu une appréciation classique des troubles à l'ordre public entendus matériellement⁹.

7. V. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, 2^e éd. 2013, p. 163.

8. CE, 28 avr. 2004, *Assoc. culturelle du Vajra triomphant* ; CAA Paris, 18 févr. 2005, *Assoc. culturelle du Vajra Triomphant* ; 9 juin 2006, *Ministre de l'Intérieur c. Assoc. « Congrégation du Vajra Triomphant »*.

9. CE, ord. réf., 26 août 2016, n° 402742 et 402777, *Ligue des droits de l'homme et autres et Assoc. de défense des droits de l'homme – Collectif contre l'islamophobie en France* et 26 sept. 2016, n° 403578, *Assoc. de défense des droits de l'homme – Collectif contre l'islamophobie en France*.

L'Étude du Conseil d'État en 2010¹⁰ revient néanmoins et de façon particulièrement approfondie sur la notion d'ordre public. Il ne méconnaît pas l'existence d'une dimension non matérielle appuyée sur les notions de moralité et de dignité. Mais il souligne que leur assise juridique n'est pas aussi solidement assurée que pour la conception classique, reposant essentiellement sur une conception matérielle de l'ordre. Une interdiction générale ne pourrait être fondée sur elles. Il faudrait recourir à une « conception renouvelée » et « autonome » de l'ordre public qui serait « sans précédent en droit »¹¹. Elle consisterait dans « un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société¹² ». On parvient ainsi à cette vue d'ensemble de la notion d'ordre public : « S'il comporte aujourd'hui des acceptions différentes selon les branches du droit dont il relève, il apparaît que l'ordre public touche à des traits fondamentaux de la vie en société et, par suite, à un socle commun d'exigences et de pratiques. » La nouveauté de cette conception juridiquement inédite de l'ordre public est encore précisée un peu plus loin comme le passage d'une conception de l'ordre public en tant que « rempart » contre les abus de la liberté à une conception « positive » en tant que « socle d'exigences fondamentales garantissant leur libre exercice »¹³. L'insistance sur le caractère seulement matériel de l'ordre public au sens où il porte sur des faits ou des actions, le plus souvent appuyée sur l'affirmation d'Hauriou concernant la police administrative, a indéniablement un but libéral au sens où il s'agit de protéger la liberté des consciences et de s'en tenir à un ordre purement externe¹⁴. On ne saurait oublier pourtant que le même Maurice Hauriou – dans son *Précis de droit constitutionnel* il est

10. FRANCE. CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*

11. Depuis cette Étude, on parle souvent d'une « conception immatérielle de l'ordre public » (S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013, p. 248-250 ; V. aussi A. LEVADE, « La loi du 11 octobre 2010 au prisme du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *Revue du droit des religions*, n° 2, 2016, p. 44). L'expression est équivoque car elle n'est ainsi désignée, à la suite d'Hauriou, que par antiphrase de la conception traditionnelle qui serait purement matérielle. Le Conseil d'État n'a pas utilisé la formule, distinguant trois éléments de l'ordre public : sa composante matérielle, non matérielle et « autonome ». Cette dernière n'est désignée que par son contenu alors qu'on aurait pu la nommer « ordre moral ».

12. FRANCE. CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*

13. *Ibid.*, p. 27.

14. « L'ordre que les administrations publiques ont pour but de maintenir est l'ordre matériel. Les autorités administratives pourchassent le désordre dans ses manifestations extérieures, dans la rue, dans les lieux publics, mais elles ne peuvent prétendre réaliser l'ordre moral, l'ordre à l'intérieur des consciences. Elles sont pour cela radicalement incompétentes, car ne disposant pour le maintien de l'ordre que de moyens matériels, si elles les mettaient en œuvre contre les consciences, elles verseraient dans l'inquisition et dans l'oppression. » : *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd. 1933, p. 58.

vrai – rappelle l'importance de « l'ordre dans les idées ou ordre moral » qu'il distingue de l'ordre matériel consacré aux seuls intérêts matériels¹⁵. Toutes les idées ne sont pas bonnes et certaines sont très mauvaises. Pourtant, « si l'ordre dans les idées est plus indispensable que l'ordre matériel, en revanche, il est plus difficile à établir, du moins dans les périodes de discussion ». Il constate que l'État moderne ne s'est longtemps occupé que de l'ordre matériel parce que l'Église assurait la police des idées. La laïcité a rendu plus difficile l'évidente tâche d'éducation qui lui incombe puisqu'il ne peut enseigner ni la religion ni la morale religieuse. Il reconnaît, de plus, que le développement de la pluralité des convictions rend difficiles la détermination et la protection de cet ordre moral. Hauriou soutient donc une conception plus large de la notion d'ordre public que celle consacrée par le droit administratif : un ordre social décomposé en ordre moral et en ordre matériel confié à des autorités différentes. La « conception renouvelée » de l'ordre public ne correspondrait-elle pas à cet ordre social ?

2.2. UNE RÉPONSE CONSTITUTIONNELLE INCERTAINE

Le Conseil constitutionnel a-t-il consacré une nouvelle conception de l'ordre public ? Dans une démarche de contrôle minimum, il constate dans sa décision *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* du 7 octobre 2010¹⁶ que « le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société. [...] Le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque-là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public ». Il semble par là avoir récusé l'idée d'une conception inédite de l'ordre public et ne voir dans l'intervention législative qu'une simple généralisation et une rationalisation de pratiques antérieures. La comparaison des deux formules voisines du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel pourrait être significative. Le premier parle de « socle d'exigences fondamentales garantissant leur [les libertés] libre exercice¹⁷ ». Le second, dans une formule brève inspirée de l'Étude mais plus générale, parle « d'exigences minimales de la vie en société ». Elle semble de nature à justifier des interdictions absolues dans la mesure où elle n'établit plus de lien avec l'exercice et la garantie des libertés et se dispense d'une appréciation

15. *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1929, p. 62-67 et s.

16. Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, cons. n° 4 et 5.

17. Cette formule (p. 27) répète avec un léger ajout la formule de la page 25 : « le socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société ».

de la proportionnalité. Cette formule du Conseil constitutionnel présente les mêmes caractères formels que la notion d'ordre public : un caractère général et vague susceptible de répondre à toutes sortes de situations ou de circonstances. Elle présente le même caractère d'évidence, mais sans contenu précis tant qu'une décision des autorités ne lui en pas donné. D'un point de vue plus sociologique, la formule du Conseil constitutionnel peut renvoyer à l'ensemble des valeurs défendues par la *major et sanior pars* de la population, ce qu'on appelait traditionnellement les « bonnes mœurs »¹⁸. En fin de compte, la notion d'« exigences fondamentales » retenue par le Conseil d'État n'échappe pas à un débat permanent dépendant des situations concrètes. La question de savoir qui en détermine en dernier lieu le contenu devient donc un enjeu constitutionnel et politique essentiel : le législateur ; le pouvoir de police sous le contrôle du juge ? Le qualificatif de « minimal » utilisé par le Conseil constitutionnel ne délivre pas une réponse plus précise et s'agissant d'un contexte religieux en France, la notion peut s'interpréter de deux façons différentes : soit une interprétation formelle et libérale qui insiste sur la liberté et le pluralisme ; soit une interprétation substantielle et « républicaine » qui développe les valeurs obligatoires ou du moins non dérogeables. On passerait d'un ordre public entendu au sens strict, c'est-à-dire un ordre politique, vers un ordre moral et social, celui des mœurs d'une société¹⁹.

3. QUEL ORDRE PUBLIC POUR LA LIBERTÉ RELIGIEUSE ?

La distinction du doyen Dabin entre deux ordres publics – l'ordre dans l'État et l'ordre dans la société – pourrait permettre de clarifier le débat²⁰. Le caractère global de la conviction religieuse, qui se déploie dans les différentes branches du droit, la rend susceptible de relever à la fois de l'ordre dans l'État et de l'ordre dans la société. Cette bipartition permet de souligner les enjeux et de nommer différemment les distinctions posées par l'Étude du Conseil d'État. Sous le terme de « conception classique » de l'ordre public, il s'agirait

18. Anne Levade estime que « pour autant, le pas n'est pas clairement franchi qui consisterait à reconnaître l'existence d'un ordre public *immatériel* [...] » (art. précit., p. 44).

19. L'expression d'ordre moral, pour des raisons politiques a pris le sens péjoratif d'un ordre conservateur résistant à la liberté des individus. René Chapus fait remarquer que « bon ordre moral » a l'avantage d'être une expression plus acceptable et que l'existence d'une moralité publique dans l'ordre public ne fait pas de doute (*Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd. 2001, p. 707). L'expression neutre serait de parler de l'ordre des mœurs.

20. Cité par P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, p. 70-75.

essentiellement de l'ordre dans l'État et sous celui de « conception renouvelée » de l'ordre dans la société. L'ordre public au sens classique désigne les principes et les valeurs nécessaires à l'État ; ce qui vient en plus relève d'un ordre moral, c'est-à-dire de valeurs portées par la société. Le premier est « neutre » au regard des convictions, notamment religieuses, parce qu'il respecte le principe de séparation et qu'il n'impose que des valeurs objectives, c'est-à-dire celles qui sont liées à l'existence même de l'État. La conception « renouvelée » ou « autonome » pose des valeurs sociales qui vont au-delà de ce qui est considéré traditionnellement comme nécessaire à l'existence de l'ordre d'un État démocratique et libéral. Le Conseil d'État – « classique » – s'en tiendrait plus volontiers à l'ordre dans l'État et aux valeurs (matérielles ou non) qui lui sont nécessaires. Le Conseil constitutionnel semble ouvrir, en validant ce que la Cour européenne a appelé un « choix de société²¹ », la possibilité d'adopter des valeurs substantielles et non neutres – autrement dit un ordre moral –, qui limiteront nécessairement la pluralité des convictions, ou plutôt celle de leurs expressions²². Dans une société qui a fait choix de la liberté, celle-ci ne peut être vécue de la même façon, en matière religieuse, dans l'une ou l'autre conception de l'ordre public.

3.1. LA LIBERTÉ RELIGIEUSE ET L'ORDRE DANS L'ÉTAT

La distinction entre la dimension matérielle et non matérielle de l'ordre public ne doit pas être durcie. Domaine où prévaut la neutralité axiologique de l'État, cet ordre est chargé d'assurer l'ordre matériel, mais aussi les valeurs politiques substantielles et « non matérielles » qui soutiennent l'État. Hauriou parlait d'une « légitime défense de l'État ». Sachant que cet État est démocratique et laïque, en quoi les convictions religieuses peuvent-elles être affectées par cet aspect de l'ordre public ? La question est résolue abstraitement par le principe de séparation qui place chacun dans son ordre tout en en préservant la hiérarchie. L'ordre de l'État est l'ordre global ou général qui autorise l'existence de ces convictions globales particulières.

Elsa Forey synthétise les principaux éléments de cet ordre public s'imposant aux religions autour de trois grands domaines : le respect de la souveraineté de l'État dans l'ordre temporel et par suite le respect de son droit ; le respect

21. Dans son arrêt de Grande Chambre S.A.S. c. France du 1^{er} juillet 2014, § 153.

22. Sur la distinction exacte des notions d'ordre public et d'ordre moral, V. P. ROLLAND, *La liberté morale et l'ordre public*, thèse Paris 2, 1976, p. 693-713 ; V. aussi G. KARAVOKYRIS, *L'autonomie de la personne en droit public français*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 638-654.

des droits et libertés fondamentaux ; enfin le respect de l'ordre public du droit commun (*i. e.* l'ordre matériel)²³. La principale caractéristique de cet ordre public est qu'il est « libéral » au sens où il est tourné vers la réalisation et la garantie des libertés. On ne saurait le qualifier seulement de matériel car il contient des éléments immatériels (moralité publique, bon ordre). Il convient bien mieux de le qualifier d'externe car il est celui qui renonce à contrôler le for interne et se contente d'organiser la coexistence des convictions dans l'espace public²⁴. La moralité qui est prise en compte est publique au sens où elle n'est saisie par le droit qu'en raison de la publicité donnée aux faits. Cet ordre de l'État accepte de distinguer entre ses valeurs propres et celles des ordres religieux : la loi de 1905 n'a pas imposé un principe d'organisation démocratique aux Églises. Il les respecte dans leur droit interne auquel il peut parfois exceptionnellement conférer force de droit. Le principe de séparation n'a pas mis fin à l'assimilation jurisprudentielle du secret de la confession ou des confidences faites aux ministres du culte au secret professionnel. Au gré d'affaires pénales, celle-ci est, cependant, régulièrement remise en cause comme une exception injustifiable. C'est, enfin, l'ordre d'une « société ouverte » qui conserve la liberté d'opinion et d'expression des « minorités » contestant ou critiquant certaines valeurs de la société protégées ou promues par la loi. Il laisse subsister un espace de critique des lois sous la condition de respecter les droits d'autrui établis par celles-ci et l'ordre public matériel. Les religions peuvent donc encore critiquer l'avortement, les questions liées au genre ou à l'homosexualité (mariage, procréation, parentalité), les lois bioéthiques, etc. Elles peuvent donc encore prescrire à leurs membres des attitudes impliquant le refus d'appliquer la loi tant du moins qu'elle est supplétive ou dispositive. La question est de savoir si l'opinion dominante accepte de faire la distinction entre la critique et l'intrusion dans les droits reconnus par la loi : la critique ne reviendrait-elle pas à favoriser une forme de discrimination ou de limitation concrète des droits légalement reconnus ? La solution libérale est la même que pour la critique de la religion dont la liberté ne peut être atteinte que par des actions et non par l'expression d'une opinion défavorable. Seul un souci excessif de la prévention peut conduire à sous-estimer le sens de cette distinction.

Les débats récurrents en France sur la visibilité du religieux dans l'espace public montrent une société moins tolérante que son État à la pluralité des

23. V. notamment E. FOREY, *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, spéc. p. 151-174.

24. L'introduction de la dignité y fait exception et a causé problème.

convictions et une tentation de faire sanctionner par la loi ce qui devrait relever de la seule régulation par les mœurs et les habitudes culturelles.

3.2. LA LIBERTÉ RELIGIEUSE ET L'ORDRE DANS LA SOCIÉTÉ

L'ordre dans la société ne concerne plus directement l'ordre politique, mais plutôt un ordre dans les mœurs. Faut-il aller plus loin que la protection des valeurs de l'État libéral et démocratique ? La protection des valeurs dominantes de la société – ce qu'il ne faut pas hésiter à nommer bonnes mœurs ou ordre moral – participe-t-elle aussi de la protection de cette société politique vouée à la garantie des droits et libertés ? Les conditions de la vie commune, notamment « les exigences minimales de la vie en société », se réduisent-elles aux conditions d'existence d'un État laïque et libéral ou bien faut-il aussi protéger le Bien au-delà du Juste ? Un ordre moral est-il nécessaire à toute société comme le pensait Hauriou, pourtant déjà sensible à la difficulté de le préserver dans une société en voie de pluralisation ? Pour donner un contenu aux « exigences minimales de la vie en société » dans le contexte d'une société sécularisée jusqu'où imposer des valeurs communes au-delà de celles qui garantissent la coexistence pacifique des convictions ? L'importance du pluralisme dans la définition de la démocratie, constamment rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme, rend particulièrement difficile la détermination de ce qui vient le limiter en matière religieuse. Sur de nombreux sujets, une pression sociale ou médiatique se fait plus forte en vue d'imposer le conformisme vis-à-vis de la nouvelle moralité ou des « bonnes mœurs » d'une société sécularisée où les religions et leurs valeurs n'occupent plus la même place qu'auparavant. Des questions nouvelles sont adressées aux religions dont les solutions pèseront éventuellement sur leur liberté.

Comment comprendre une requête d'intégration à la société lorsqu'elle vise une société qui proclame la liberté et le pluralisme des convictions ? Le fait de l'immigration et de religions inhabituelles donne une plus grande acuité à un problème aussi ancien que les religions dès lors qu'elles n'ont plus été celles de la cité. Le contentieux des refus de naturalisation donne une représentation significative de cette exigence d'intégration, à la fois politique et culturelle, adressée directement aux croyants et indirectement à leurs Églises ou communautés de conviction²⁵. Une intégration politique plus poussée peut-elle être

25. V. le bilan dressé par F. DIEU, « La radicalisation religieuse saisie par le juge administratif », in O. BUI-XUAN (dir.), *La radicalisation religieuse saisie par le droit*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 127-131. L'acquisition de nationalité est ainsi valablement

exigée au-delà de la seule soumission aux lois de la République sous la forme de l'intégration dans les religions d'une sorte d'*ethos* républicain ? Le législateur de 1905 avait renoncé à imposer à l'Église catholique (ou à d'autres Églises) le principe d'une organisation démocratique. La Cour européenne préserve fermement le principe d'autonomie de l'organisation, par exemple en refusant d'étendre le principe de liberté syndicale au clergé²⁶. La question de l'organisation démocratique avait été proposée par la Mission interministérielle de lutte contre les sectes (MILS) comme un test d'intégration pour les nouveaux mouvements religieux, permettant d'échapper à la qualification négative de secte. Sous une forme atténuée, la question est revenue dans le projet gouvernemental non abouti d'organisation de l'islam en France de janvier 2019, avec une préférence très marquée pour l'association culturelle plutôt que pour celle de 1901. Les aspects culturels de l'intégration se présentent essentiellement sur le plan éducatif. Le long épisode juridique des signes d'appartenance religieuse à l'école publique a donné la mesure d'une exigence sociale et politique d'intégration faisant peser sur les religions une authentique contrainte. Mais, une relative liberté de choix a simultanément été préservée grâce à l'existence d'un secteur d'écoles libres à caractère religieux, alternative que la Cour européenne a soulignée à plusieurs reprises. Il reste que la loi de 2004, mettant fin à près de quinze années de polémiques et de contentieux, a choisi pour l'école publique le modèle d'intégration le moins pluraliste, en opposition à celui proposé par la circulaire Jospin. En revanche, c'est la solution libérale qui a prévalu en ce qui concerne « les enfants qui échappent à l'école de la République²⁷ » : dans un contexte sensibilisé par la question des sectes, la loi du 18 décembre 1998 s'est contentée de renforcer le contrôle de l'obligation scolaire sans porter atteinte au droit d'éduquer les enfants dans des établissements hors contrat, en communauté ou dans la famille.

L'émergence d'un nouvel ordre des « bonnes mœurs », celui des valeurs de l'individualisme séculier remplaçant progressivement l'ancien ordre « bourgeois », adresse aux religions de multiples questions. La visibilité dans l'espace public constitue un test significatif d'intégration aux mœurs dominantes :

refusée pour activisme religieux, des propos hostiles aux valeurs de la République, le refus de reconnaître l'égalité homme-femme, y compris même l'existence d'une pratique radicale de la religion. Il convient de souligner que la sévérité de ce contentieux est liée aux cas pour lesquels il n'existe pas de droits acquis à la naturalisation et une présupposition de désir d'intégration.

26. CEDH, Gde ch., 9 juill. 2013, n° 2330/09, *Sindicatul «Păstorul cel Bun» c. Roumanie*, §§ 136 et 162-166.

27. Selon la formule de J.-Cl. CARLE, *Obligation de scolarité et contrôle de l'obligation scolaire*, Paris, Sénat, n° 504 (1997-1998), 17 juin 1998.

les religions et les croyants ont-ils à « se fondre dans le paysage » ? Dans l'affaire du burkini, le Conseil d'État a conservé la solution libérale qui autorise le port en public, malgré son étrangeté, d'un vêtement à signification religieuse. L'ordre public lorsqu'il protège ces « bonnes mœurs » relève ici principalement du droit civil et du droit pénal. Les conceptions de la vie privée (sexualité, mariage, filiation, avortement, etc.) sont des domaines où les religions peuvent être minoritaires par rapport à l'opinion publique contemporaine et aux mœurs dominantes. La solution libérale suppose que la loi soit dispositive et que le respect de la loi n'interdise pas de la critiquer. Néanmoins, des propositions émergent régulièrement qui voudraient pénaliser la critique ou la propagande hostile envers ces droits reconnus par la loi. L'évolution contemporaine des mœurs insiste aussi sur l'égalité entre les hommes et les femmes. Le principe d'autonomie interne des cultes prive-t-il le législateur d'une capacité d'intervention ou bien faut-il laisser aux débats internes des religions le soin de s'intégrer ou s'adapter à ce mouvement social de fond ? C'est, cependant, le souci des droits de l'individu qui adresse aux religions les questions les plus pressantes. De nouvelles obligations ou interdictions susceptibles de porter atteinte à la liberté religieuse telle qu'elle est actuellement garantie apparaissent. Quelle peut être la portée des refus opposés par les convictions religieuses dans ce domaine ? Du point de vue de la liberté religieuse, la solution libérale, c'est-à-dire nécessaire et proportionnée, consiste à distinguer le cas des majeurs et des mineurs. Si les choix de santé appartiennent à l'individu majeur, celle de l'enfant reste sous la surveillance de l'État. Le refus de la transfusion est opposable par le croyant sauf urgence vitale, mais non dans le cas de l'enfant. L'objection religieuse est sans valeur dans ce cas. La question de la circoncision des enfants est venue confirmer la prédominance d'une approche individualiste du sujet. En 2012, le tribunal de Cologne (*Landgericht*) a assimilé la circoncision à une blessure corporelle et le Conseil de l'Europe dans sa résolution 1952 (2013) a considéré à son tour qu'il s'agissait d'une violation de l'intégrité physique des enfants. Cette pratique millénaire pour les juifs comme pour les musulmans, légalement permise en Allemagne ou tolérée par interprétation comme en France, est confrontée à une requête individualiste qui objecte l'absence de consentement de l'enfant et le fait d'inscrire définitivement dans son corps une marque d'appartenance religieuse. Si le souci de santé publique et de protection contre la douleur peut se concilier sans peine avec la liberté religieuse, il n'en est pas de même des propositions de participation de l'enfant à la décision ou de renvoi de la circoncision à un âge plus avancé (14 ans ou la majorité). Ces affaires sont significatives d'une méconnaissance du caractère familial et communautaire de la transmission religieuse : pourquoi

souligner l'absence de choix de l'enfant sur la seule religion quand celui-ci n'existe sur rien d'autre à cet âge ? Une nouvelle vision de la vie animale se développe par ailleurs et conduit à proscrire la souffrance animale. L'abattage rituel propre au judaïsme et à l'islam commence à être prohibé dans certains États européens sans que l'objection de la liberté des pratiques religieuses suffise à détourner le législateur. La solution se résumera-t-elle pour ces croyants entre l'adaptation ou le départ ?

Le choix de la radicalité religieuse porte à leur maximum les interrogations juridiques. Inexistante dans le cadre de l'ordre public de l'État puisqu'elle devient nécessairement politique²⁸, la question ne se pose que dans le cadre de l'ordre de la société et des mœurs. Est-il possible de vivre ses convictions religieuses de façon radicale, individuellement ou collectivement, au prix d'une marginalisation plus ou moins forte vis-à-vis de la vie sociale ordinaire ? La vie monastique des ordres contemplatifs, la vie en communauté isolée, des modes de vie en rupture avec le monde ambiant (mennonites, amishs, Tabitha's place, haredim...) sont-ils possibles dans notre société sécularisée ? En quoi ces modes de vie sont-ils contraires « aux exigences minimales de la vie en société » ? Quel degré d'intégration exiger sans remettre en cause la liberté religieuse dès lors que l'ordre public de l'État (qui n'est pas seulement matériel, rappelons-le) n'est pas en cause ? En tant qu'opinion, la radicalité religieuse est libre ; mais elle se marque aussi par des pratiques religieuses qui ont nécessairement un aspect social et concerne à ce titre la société qui peut se montrer plus ou moins tolérante.

CONCLUSION

Le débat sur la nature et le contenu de la notion d'ordre public ne concerne pas seulement la liberté de religion, mais c'est à l'occasion de pratiques religieuses qu'il a pris de l'ampleur, suscitant l'intervention du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel puis de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est déterminé par la tradition libérale du droit des libertés publiques, ce que le Conseil d'État nomme la « conception classique », et que d'autres, appuyés sur Hauriou, nomment une conception « matérielle ». Il faudrait plutôt la

28. Le terme radicalisation est équivoque car il est immédiatement politique ; V. l'analyse d'Olivia Bui-Xuan dans l'introduction générale à *La radicalisation religieuse saisie par le droit* précit., notamment p. 7-39 et de V. VALENTIN, « Ordre public et radicalisation religieuse » (*ibid.*, p. 61-72). Du point de vue des libertés, la question n'est classiquement que celle du recours à la technique préventive pour lutter contre les atteintes à l'ordre public.

nommer « externe » car elle est conçue en vue de favoriser le respect du for interne. Dans la question concrète du port du voile intégral, de l'avis du plus grand nombre, la question de la sécurité publique – élément de l'ordre public matériel – n'était pas en jeu et si elle devait l'être la loi offrirait tous les moyens de protection nécessaires. Dans ces conditions, il ne pouvait plus s'agir d'une question d'ordre public au sens traditionnel d'ordre dans l'État, mais d'un ordre moral au sens d'un ordre dans la société. Le Conseil d'État avait raison de parler d'une « conception renouvelée » qui consistait à élargir la conception traditionnelle en droit public, celle de la police administrative. Cet élargissement consiste dans l'absorption par la loi de normes de mœurs, ce que la Cour européenne a nommé dans son arrêt *S.A.S. c. France* « un choix de société ». Analysant la distinction de la loi et des mœurs d'un point de vue de sociologie du droit, Jean Carbonnier en relevait la mobilité historique, soit au cours d'une évolution lente, soit dans une transformation par saccades au gré du législateur. Constatant qu'à diverses époques l'État est intervenu pour réglementer le style de vie, il juge que « cette intervention appelle toujours la même interprétation : le droit pousse arbitrairement ses frontières aux dépens des mœurs²⁹ ». Lorsqu'il revient au juge de porter des appréciations dans le domaine des mœurs, René Chapus note dans le même sens, mais de façon plus directe que « s'il est bien que les juges fassent de la morale, c'est à condition qu'ils en fassent le moins possible³⁰ ». L'expression « ordre moral » ne devient-elle pas péjorative au moment où le législateur se charge de protéger ou de fixer ce qui relève des mœurs dans une société ouverte où la liberté a déjà fait évoluer l'ancien ordre moral vers de nouvelles valeurs ? L'ordre moral en ce sens est la prétention politique de fixer les mœurs d'une société. Dès lors que l'ordre de l'État n'est pas menacé, ne convient-il pas de laisser aux normes de mœurs plutôt qu'aux normes légales le soin de régler l'ordre de la société ? C'est une des conditions du pluralisme des convictions dans une société démocratique et libérale, ce que Popper appelait une société ouverte.

29. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 183. Sur l'application de ce principe aux mœurs, V. P. ROLLAND, thèse précit., p. 653-670.

30. R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 710.