

AJDA 2008 p. 1997

La loi, le juge et les pratiques religieuses

Hocine **Zeghib**, Maître de conférences de droit public Montpellier III, CREAM - Montpellier I

L'essentiel

Un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 27 juin dernier, validant « l'opposition à l'acquisition par mariage de la nationalité française » au motif que la requérante avait « adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française [...] », autorise à s'interroger de nouveau sur le rapport qu'entretient le juge avec la loi de séparation et, au-delà, avec les pratiques religieuses. Prenant pour axe central d'analyse la liberté de religion et son corollaire le principe de laïcité, le propos vise à montrer, non pas que l'arrêt en question porterait directement atteinte à la liberté de religion, mais qu'il s'inscrit bien, par ses effets, dans le raidissement jurisprudentiel constaté à la suite de la loi du 15 mars 2004. Le compromis au coeur de la loi de 1905 est encore ainsi à la recherche de son point d'équilibre.

Le Conseil d'Etat vient de rendre un arrêt (CE 27 juin 2008, *Mme M.*, req. n° 286798, concl. E. Prada-Bordenave) suite à la requête présentée par Mme Faïza M., ressortissante marocaine mariée à un Français, mère de trois enfants et vivant en France depuis 2000, tendant à l'annulation d'un décret lui refusant la nationalité française pour défaut d'assimilation (v. note P. Chrestia, AJDA 2008. 2013) dont la presse écrite s'est empressée de rendre compte (Le Monde 11 et 15 juill. ; Le Figaro 11 juill. ; Libération 11 juill.). Cette décision n'est pas sans susciter l'interrogation dans la mesure où il y est affirmé, de manière inédite, qu'une « pratique radicale de [la] religion » traduit un défaut « d'assimilation à la communauté française » et justifie en conséquence l'opposition à l'acquisition par mariage de la nationalité française. Les précautions prises à bon escient par le Conseil, se plaçant habilement et logiquement sur le terrain moins accidenté du principe d'égalité, n'écartent pourtant pas complètement une lecture en rapport avec la liberté de religion eu égard à la construction juridique élaborée à partir de l'évaluation du degré de radicalité de la pratique religieuse de la requérante. Ce faisant, il est en effet indéniable que le Conseil se fait, de manière indirecte certes, juge de la « normalité » des pratiques religieuses pour en tirer des effets juridiques directs de la plus haute importance conditionnant l'appartenance au « corps national ». Il n'est pas, dès lors, totalement déplacé de s'interroger sur le rôle joué ici par le juge au regard de la loi de 1905, traduction avant tout d'un compromis historique construit par Aristide Briand contre le radicalisme du « petit père Combes ». L'arrêt rendu le 27 juin par la haute juridiction, non pas en raison de sa forme qui le met à l'abri d'une lecture centrée sur la liberté de religion mais en raison de sa substance qui l'inscrit en droite ligne du raidissement jurisprudentiel opéré à la suite de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 (CE 8 oct. 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, Lebon 367 ; AJDA 2005. 43, note F. Rolin ; RFDA 2004. 977, concl. R. Keller ; confirmé par CE sect. 5 déc. 2007, *M. et Mme Ghazal*, AJDA 2007. 2343 et *M. Singh et autres*, RFDA 2008. 529, concl. R. Keller), invite donc, dans un souci de clarification et de synthèse, à faire retour sur la manière dont, aujourd'hui, le droit - et par suite le juge - appréhende et encadre la liberté de religion et les pratiques qui lui sont liées.

Une liberté que le droit interne peine à définir

On a coutume de considérer la liberté de religion comme une sorte d'excroissance de la liberté de conscience à côté de la liberté de pensée et de la liberté d'opinion. Expressément, aucun

des textes fondateurs de droit interne ne mentionne les termes de liberté de religion : ni le décret du 21 février 1795 des thermidoriens qui organisait symboliquement la première séparation, dont l'article 1er se contentait d'énoncer que « l'exercice d'aucun culte ne peut être troublé », ni la Déclaration de 1789 dont l'article 10 proclame seulement que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses », ni la loi de séparation de 1905 dont l'article 1er ne fait qu'énoncer que la République « assure la liberté de conscience » et « garantit le libre exercice des cultes », ni la Constitution de 1946 qui se limite à affirmer que la France est une République laïque, ni enfin la Constitution de 1958 dont l'article 1er énonce seulement que la République « respecte toutes les croyances ». Et on le comprend, le législateur et le constituant cherchant tout naturellement à éviter, tout en ne l'ignorant pas complètement, le domaine religieux qui leur est, par essence, étranger. Cette ambiguïté rejaillit sur la manière dont le droit public tente de définir la religion pour en tirer des conséquences quant aux moyens matériels de sa réalisation.

Une liberté de religion définie a minima...

Le juge peut-il se risquer à définir la religion alors même qu'il n'est pas dans la nature de la République de s'en préoccuper ? Se risquer dans un domaine qui relève de la foi n'est pas le propre du droit pourtant bien obligé, en tant que mode de régulation des rapports sociaux, d'apporter une réponse. C'est la doctrine qui s'y est, la première, attachée en adoptant une approche sociologique pour définir la religion « à partir de trois critères simultanés : une croyance ou une foi communes, une pratique ritualisée, une transcendance » (P.-H. Prétot, *Droit des libertés fondamentales*, Ed. Hachette Supérieur, 2007, p. 235). Pendant longtemps, les juridictions administratives n'ont pas été directement sollicitées dans des litiges dont la solution pouvait dépendre de la définition de la religion. En tout état de cause, lorsque le juge recherche une telle définition, c'est pour en tirer des conclusions sur le régime juridique applicable à l'activité qui en découle, soit pour la protéger, soit pour la contraindre ou la prohiber. Avec la montée en puissance du phénomène des sectes dans les années 1980, la question de la définition de la religion s'est trouvée brutalement posée : les croyances et pratiques développées par les sectes - terme que le droit ne définit pas davantage - relèvent-elles de la liberté religieuse et échappent-elles par suite à l'application du droit pénal ? On connaît la réponse apportée par la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires : respect de la liberté dans les convictions et choix personnels mais traitement sous un angle répressif des dérives sectaires telles que « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse ». Laquelle loi s'interdit de se prononcer sur une quelconque définition de la religion ou de la secte. Aussi, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon qualifiant la scientologie de religion, vite censuré par la Cour de cassation, a-t-il peu de chance de faire des adeptes en France. Ce refus non encore démenti (1) du juge français de définir la religion trouve son origine dans les sources mêmes du principe de la liberté de religion puisque ni la Constitution de 1946, ni celle de 1958 ne prescrivent un contenu précis au principe de laïcité qui en est pourtant au cœur.

Le Conseil constitutionnel lui-même, lorsqu'il a eu l'opportunité de se prononcer en novembre 2004, n'a ni défini la liberté de religion ni établi sa constitutionnalité, se cantonnant à protéger la singularité française à travers la référence qu'il fait à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH) et de la jurisprudence européenne (Cons. const. 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. Cons. const. 173 ; AJDA 2005. 211, note D. Chamussy, note O. Dord). Cet article donne de la liberté de religion une définition substantielle tout en l'associant étroitement à la liberté de pensée et à la liberté de conscience. C'est une liberté individuelle qui « implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer » (CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, RFDA 1995. 573, note H. Surré). Jusque-là, le droit européen n'est pas en contradiction avec le droit français qui a toujours considéré la liberté de religion comme une affaire strictement personnelle, ce qui n'interdit pas, cependant, que son libre exercice - le culte - puisse se pratiquer collectivement. En revanche, cette pratique collective ne saurait justifier le non-respect du principe de laïcité excluant qu'on puisse revendiquer une différence de traitement sur la base de ses convictions religieuses. Tout comme le droit interne français, le droit européen reconnaît lui aussi une dimension sociale et collective à la liberté de religion puisque cette liberté inclut « la liberté de

manifeste sa religion, individuellement ou collectivement ». Le juge de Strasbourg en tire cependant une conception de la liberté de religion plus large et plus nuancée que celle de son homologue français, conception qui autorise l'organisation de la protection de la liberté et de l'autonomie des groupes religieux. Ce qui explique que cette disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme soit assez fréquemment invoquée dans des recours dirigés contre certains actes de contrôle étatique jugés trop restrictifs de la liberté de religion car suspectés d'assimiler trop facilement pratique religieuse collective et communautarisme. Craignant sans doute les risques d'instabilité juridique qu'une application extensive de cet article est susceptible d'entraîner, la CEDH a en limité la portée en 2005, conférant une « importance particulière au rôle du décideur national » tout en affirmant que « la démocratie [...] commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante » (CEDH Gde ch., 10 nov. 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, AJDA 2006. 315, note G. Gonzalez ; D. 2006. SC. 1717, obs. J.-F. Renucci). Ce principe de proportionnalité autorise donc dans le même temps les Etats à organiser l'exercice de la liberté de religion conformément à leurs traditions dominantes, mais dans le respect des droits de tous les individus séjournant sur le territoire.

... Mais dont le droit organise l'exercice

Précédés par la fin du Concordat en 1904, deux textes d'importance organisent juridiquement, l'un à titre principal, l'autre à titre accessoire, l'exercice de la liberté de religion : la loi du 9 décembre 1905 et la loi du 1er juillet 1901. Pour être respectée, la liberté de religion passe, certes d'abord, par la liberté de conscience de l'individu, mais ensuite par le droit d'exprimer socialement cette liberté de conscience. Autrement dit, les individus ne doivent pas être empêchés de se regrouper en vue de pratiquer ensemble leurs croyances religieuses, c'est-à-dire de célébrer le culte. La loi de 1901 avait créé, à travers la liberté d'association qu'elle venait rétablir après plus d'un siècle d'application de la loi Le Chapelier, la catégorie des associations cultuelles. Celles-ci devaient être, conformément à l'article 18, « formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte ». L'article suivant dispose, quant à lui, comme s'il fallait le marteler, que ces associations doivent « avoir pour objet l'exercice d'un culte ». La loi de séparation de 1905 retient ce même régime associatif et organise, par son article 4, le transfert éventuel des biens des établissements publics du culte détenus au titre de la loi du 18 germinal an X au profit des associations cultuelles « se conformant aux règles d'organisation générales du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice ». Au contraire des protestants et des juifs, qui acceptent les dispositions de la loi de séparation, les catholiques refusent majoritairement de s'y plier sur ordre du pape Pie X qui, après avoir déclaré son opposition à cette loi le 11 février 1906, leur interdit le 10 août 1906 de se constituer sous forme d'associations cultuelles. La loi de 1905 se trouve ainsi mise en échec et le gouvernement obligé de recourir à une mesure de contournement contenue dans une nouvelle loi, la loi du 2 janvier 1907, qui autorise l'exercice public du culte au moyen d'associations autres que cultuelles. On sait que la situation restera bloquée jusqu'en 1924, date à compter de laquelle se mettent en place des associations cultuelles propres à l'Eglise catholique : les « associations diocésaines » présidées par un évêque et gérant leurs biens propres mais qui ne peuvent célébrer le culte, compétence laissée aux seules autorités religieuses. Au final, tous les cultes, ceux qui existaient avant comme ceux qui sont venus après la loi de séparation, ont la faculté de s'organiser en associations cultuelles ou en simples associations loi 1901. S'organiser en association cultuelle, c'est se donner la possibilité d'accéder à un régime, notamment en matière fiscale, avantageux et c'est, en quelque sorte, bénéficier de la reconnaissance des pouvoirs publics, ce qui est paradoxalement en contradiction avec la loi de 1905, article 2 : « La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte ». S'organiser en association simple de la loi de 1901 offre les mêmes possibilités fiscales avec une plus grande souplesse dans l'organisation et l'affectation des ressources. Le cas particulier des congrégations religieuses, forme d'organisation établie par le titre III de la loi de 1901, continue d'interroger puisque leur existence est toujours soumise, depuis 1942 sous le régime de Vichy, à un décret en Conseil d'Etat, c'est-à-dire à une reconnaissance par l'Etat, ce que la loi de 1905 prohibe. Ce régime, gelé de 1945 à 1970, fonctionne depuis 1988 pour les cultes bouddhistes, protestants et orthodoxes mais pas pour l'islam qui s'organise globalement sous forme d'associations de la loi de 1901.

La liberté de religion, même si elle n'est pas toujours clairement définie par le droit, ne peut aller sans la liberté de culte à laquelle la loi de 1905 accorde des moyens. En effet, aussi bien le patrimoine nationalisé par la loi du 18 germinal an X que les édifices construits au XIXe siècle par les communes, tous affectés au domaine public (F.-X. Fort, *Domanialité publique des édifices du culte et principe de laïcité*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Miaille*, Montpellier, Les Nouvelles Presses du Languedoc, 2008, à paraître), ont été laissés gratuitement à la disposition du culte. S'agissant de l'entretien et de la conservation de ces édifices, une loi du 13 avril 1908 les met à la charge de l'Etat et des communes qui, globalement, remplissent toujours cette mission. En revanche, aucune construction nouvelle ne peut être financée par les autorités publiques au nom, justement, du principe de séparation. On voit bien le problème qui s'est posé et continue à se poser pour les religions nouvellement introduites en France. Plus particulièrement pour l'islam, désormais deuxième religion du pays. Le principe d'égalité de traitement des religions au fondement de la loi de séparation trouve ici ses limites et, paradoxalement, cette loi interdit que l'on puisse rétablir l'équilibre. Dans les années 1930, cette situation avait poussé certaines communes à accorder une aide sous forme de bail emphytéotique administratif pour la construction d'édifices du culte dans les banlieues. Cette voie, qui mêle financement privé et aide publique, n'est plus très empruntée aujourd'hui pour différentes raisons, dont les raisons politiques ne sont pas les moindres. Tant et si bien que, à côté d'initiatives politiques destinées à « stabiliser » l'islam de France au travers d'une sorte de « clergé institutionnel », une commission présidée par le professeur Jean-Pierre Machelon a été chargée, en octobre 2005, d'explorer la question et de faire des propositions. Le rapport remis en juin 2006 conclut à la nécessité d'autoriser l'aide publique pour la construction des lieux de culte, laissant entrevoir la révision, voire l'abandon pur et simple de l'article 2 de la loi de 1905 (rapport Machelon consultable sur le site <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>). Le rapprochement n'a pas manqué d'être fait avec le système de l'aumônerie républicaine dont les dépenses peuvent, selon l'article 2 de la loi de 1905, « être inscrites aux budgets de l'Etat, des départements et des communes ».

L'exercice du culte, qui nécessite d'abord des lieux qui lui sont consacrés puis des aménagements dans les pratiques dominantes comme l'instauration de carrés spécifiques dans les cimetières ou la réglementation des abattages rituels dans les abattoirs ou encore la pratique des autorisations d'absence pour raison religieuse, doit être concilié, selon la décision n° 2004-505 du 19 novembre du Conseil constitutionnel, avec le principe de laïcité.

Une liberté encadrée par le principe de laïcité

Le principe de laïcité se présente comme une réponse juridique à une question éminemment politique : celle du rapport entre l'Etat et les religions. Le terme lui-même reste singulier et intraduisible dans les autres langues et sa définition est imprécise au regard même du droit plutôt marqué par la rigueur, voire le pointillisme. Du reste, la loi de 1905 n'évoque pas expressément le terme de laïcité mais envisage indirectement le concept dans ses articles 1er et 2 qui organisent une sorte de cloisonnement entre, d'un côté, le politique et le religieux et, de l'autre, la liberté de culte. C'est cette particularité que traduirait le concept de laïcité, constitutionnalisé par l'article 1er de la Constitution de 1958 sans être pour autant défini. Enveloppe sans véritable contenu constitutionnel, le concept de laïcité ne peut produire d'effets juridiques que rapporté à la loi de 1905 qui met en avant deux idées principales : la séparation de l'Eglise et de l'Etat et, en retour, la neutralité de celui-ci par rapport à l'Eglise. Comment, alors, le droit a-t-il pris en compte cette séparation et comment a-t-il organisé la neutralité de l'Etat ?

La séparation Etat/Religion : une étanchéité relative

La Révolution française, avec la Déclaration du 26 août 1789, introduit une certaine forme de rationalité politique considérant la religion comme faisant partie de la sphère privée de l'individu. Commence alors un processus de « division » entre sphère publique et sphère privée qui débouche sur la rédaction de l'article 354 de la Constitution du 22 août 1795, qui énonce que « nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun ». Au plan juridique, cela sonne déjà comme une répétition générale de la future

loi de séparation de 1905 qui se caractérisera par « un double refus : refus de reconnaître, refus de subventionner » (P. Ségur, Observations sur la notion de laïcité en droit constitutionnel, communication au colloque sur le centenaire de la loi de 1905, Nice, nov. 2004, p. 2, en ligne sur le site <http://ph.segur.free.fr/>). Les conséquences de cette loi, au plan théorique, sont claires et connues : l'Etat doit se cantonner au gouvernement de la chose politique sans se soucier du gouvernement des consciences. Pour preuve de ce désintérêt de l'Etat, cette loi supprime le service public de l'Eglise, le ministère des cultes et du budget des cultes et le pouvoir de nomination des évêques et autres dignitaires ecclésiastiques par le chef de l'Etat. Poussée à l'extrême, cette logique aboutirait à une séparation hermétique entre Eglise et Etat qui se traduirait par le refus d'accorder aux cultes « tout régime de droit public, tout soutien financier, toute relation organisée » (P. Ségur, préc., p. 3). Ce serait pourtant aller trop vite en besogne. En effet, la loi de 1905, comme il a été précédemment rappelé, contient des dispositions non dénuées de contradiction puisqu'il n'y est pas question pour « la République d'ignorer l'existence des religions mais seulement de ne pas distinguer officiellement l'une d'entre elles » (P. Ségur, préc., p. 3), c'est-à-dire qu'elle impose à l'Etat de se comporter de manière totalement identique face à toutes les religions qu'il connaît toutes en général sans en reconnaître aucune en particulier.

Pour autant, la contradiction entre les articles 1er et 2 de la loi de 1905 est flagrante : comment ne pas reconnaître la religion alors même qu'est garantie la liberté de conscience et de culte et alors même qu'il est prévu « d'assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons » en inscrivant les dépenses y afférentes aux budgets de l'Etat et des collectivités ? D'ailleurs, le Conseil d'Etat considère que le principe de laïcité ne s'oppose pas à ce que l'Etat subventionne des activités ou des équipements liés aux cultes (CE 16 mars 2005, *Ministre de l'outre-mer c/ Gouvernement de la Polynésie française*, Lebon 108 ; AJDA 2005. 1463, note C. Durand-Prinborgne). En réalité, la loi de 1905 n'organise qu'une sorte de non-reconnaissance soumise au principe de non-rétroactivité des lois. En d'autres termes, la loi de 1905 s'inscrit, certes à la marge, dans la tradition gallicane française qui autorise « aujourd'hui encore [...] des formes multiples de reconnaissance plus ou moins avouées » (P.-H. Prélot, préc., p. 244). Le statut concordataire conservé pour les départements d'Alsace-Moselle qui permet notamment à l'Etat d'y reconnaître quatre cultes, avec pouvoir de nomination des autorités religieuses par le gouvernement ou le Président de la République, témoigne de ces survivances. La création, en 2003, du Conseil français du culte musulman en apporte un autre témoignage largement marqué par la volonté de contrôler les pratiques religieuses sur le territoire de la République. En définitive, la non-reconnaissance des religions signifie seulement que l'Etat s'arroge le droit d'organiser les cultes de manière uniforme puisque leur régime juridique est coulé dans un même moule : la forme associative sous toutes ses manifestations. Pourtant, là encore, l'uniformité n'est que de façade puisque, d'une part, le droit n'a pu effacer les inégalités dues à l'antériorité historique de certaines religions qui imprègnent certaines pratiques de l'Etat et, d'autre part, dans la recherche de l'équilibre nécessaire au « gouvernement de la Cité », l'Etat a été amené à prendre en considération les caractéristiques propres à chaque culte le conduisant à traiter différemment leurs ministres en les soumettant à des règles différenciées en droit du travail et en droit social. Enfin, au regard des efforts déployés dans la surveillance et la répression des dérives sectaires, on constatera que l'Etat ne reste pas indifférent quant à la reconnaissance des religions puisqu'il est amené à distinguer, conformément à la loi du 12 juin 2001, les pratiques relevant du culte religieux et celles relevant du phénomène des sectes. On constate une certaine interpénétration entre Etat et exercice des cultes montrant bien que la séparation issue de la loi de 1905 doit être, à bien des égards, relativisée. L'examen du principe de neutralité, tiré de la notion de laïcité et censé traduire la plénitude de la séparation du politique et du religieux, conduit-il à un constat différent ?

La neutralité religieuse de l'Etat : un principe d'application nuancée

La loi de 1905, on le sait, a fait l'économie du terme « laïcité » mais s'inscrivait bien dans la continuité des lois scolaires de la III^e République dont c'était le critère essentiel. Il faudra attendre la Constitution de 1946 et son article 1er, qui sera repris littéralement par le constituant de 1958, pour que ce terme apparaisse textuellement. Combinées, séparation et

laïcité impliquent la neutralité de l'Etat en matière religieuse. Comment le droit a-t-il construit puis pris en considération ce principe ? Tout d'abord en organisant une sorte de montée en puissance du juridique par rapport au politique, présentant la neutralité idéologique de l'Etat comme condition première de garantie de la liberté de conscience et, partant, de la liberté de religion mais aussi de la liberté de l'enseignement. Le constituant de 1958 renforce cette idée et affirme que la République « respecte toutes les croyances » (art. 1er), signifiant du même coup que le principe de la liberté de conscience suppose la liberté d'avoir ou de ne pas avoir de religion et que le rôle de l'Etat consiste à garantir ce droit à chacun. Cette liberté s'exerce, comme l'énonce l'article 10 de la Déclaration de 1789, dans le cadre de l'ordre public que définit le législateur et dont l'Etat est le seul responsable, c'est-à-dire que « les autorités religieuses ne peuvent ni le perturber, ni participer à sa définition » (P. Ségur, préc., p. 8) et, qu'à l'inverse, l'Etat renonce à s'immiscer dans la conscience des citoyens. L'idée maîtresse étant donc que l'Etat n'a pas de religion. Jusque-là, la rationalité des révolutionnaires de 1789 est sauve : à la religion, l'espace privé de l'individu libre de sa conscience ; à l'Etat, l'espace public de la communauté politique. Mais seulement en apparence. Car, en effet, le choix individuel de l'option religieuse n'est satisfaisant que pratiqué suivant des rites donnés et dans le cadre d'une communauté donnée. En clair, se trouve posée la question suivante : comment concilier la liberté de religion, marquée par sa dimension individuelle, avec sa réalisation - la liberté de culte - marquée, elle, par sa dimension collective ? Le premier niveau de réponse a consisté, comme nous l'avons vu, en l'organisation du culte sur des bases égalitaires en droit mais qui se révèlent inégalitaires en fait, suggérant des modifications législatives d'importance. Le deuxième niveau de réponse est intervenu à propos de la neutralité de l'école publique. Dans ce domaine, coeur de la laïcité depuis le tout début de la IIIe République, le principe de neutralité a donné naissance à un régime juridique à peu près stabilisé s'agissant des enseignants et des programmes mais laissant planer l'incertitude s'agissant des élèves.

C'est cette incertitude que le Conseil d'Etat a voulu écarter dans son avis bien connu du 29 novembre 1989 rendu à propos du port du « foulard islamique » à l'école, avis dans lequel il donne une interprétation tolérante de la laïcité en faisant référence à la fois à la neutralité et à la liberté de conscience : « [...] Le principe de la laïcité de l'enseignement public, qui est un des éléments de la laïcité de l'Etat et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves [...] » (CE avis 27 nov. 1989, AJDA 1990. 39). Cet avis recommandait le règlement au cas par cas des éventuels conflits et offrait aux chefs des établissements scolaires la possibilité d'apporter des réponses proportionnées aux exigences locales de l'ordre public. Critiquée ou encensée, cette solution a été, faut-il le rappeler, au centre des débats qui ont animé la société française tout au long des années 1990 et au début des années 2000 autour de la question de la laïcité à l'école, voire dans les services publics (CE avis 3 mai 2000, *Dlle Marteaux*, Lebon 169 ; AJDA 2000. 673, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2001. 146, concl. R. Schwartz ; CAA Paris 24 janv. 2002, *M. O.*, req. n° 99PA03034 ; TA Lyon 8 juill. 2003, *Mlle Nadjet Ben A.*, AJDA 2003. 1951). Le débat s'étant crispé à l'occasion de différentes échéances électorales, l'on s'est orienté vers une solution plus radicale que préparait déjà le rapport de la commission Stasi du 11 décembre 2003. La loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 est venue clore ce chapitre, revenant sur la laïcité ouverte recommandée par l'avis de 1989. Le Conseil d'Etat a, par la suite, abandonné sa jurisprudence tolérante des années 1990 à l'occasion de l'arrêt précité du 8 octobre 2004 statuant sur la légalité de la circulaire d'application de la loi du 15 mars 2004, optant désormais pour une interprétation plus restrictive du principe de neutralité appliqué à l'école publique comme au service public en général. Profitant de l'occasion qui lui était donnée, cette fois, sur le terrain de l'acquisition de la nationalité, plus précisément celui de la définition de la condition d'assimilation, le Conseil d'Etat confirme bien, dans son arrêt précité du 17 juin 2008, ce tournant jurisprudentiel et abandonne, là aussi, son interprétation tolérante de la pratique religieuse. Le troisième et dernier niveau de réponse est venu du Conseil constitutionnel à propos de la nature des droits attachés à la liberté de culte. On pouvait, en effet, légitimement s'interroger sur l'aspect collectif de la pratique d'un culte et être tenté d'en tirer la reconnaissance de droits non plus seulement individuels mais collectifs. En d'autres termes, pouvait-on, sur la base d'un droit à la différence, se voir reconnaître, dans sa pratique religieuse, des droits

spécifiques qui seraient attachés à un groupe particulier ou à une communauté particulière ? De manière claire, le Conseil constitutionnel réaffirme, dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 que « les articles 1er à 3 de la Constitution s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ». Tout comme le Conseil d'Etat avant et après lui, le Conseil constitutionnel opte pour une interprétation plutôt restrictive d'une liberté dont le contenu est pourtant à la fois individuel - la liberté de conscience - et collectif - l'exercice du culte impliquant, lui, l'appartenance à une communauté de croyance. Une année plus tard, la CEDH, dans l'arrêt précité *Leyla Sahin*, introduit l'idée de protection des groupes « minoritaires », ce qui aurait pu laisser entrevoir un régime juridique favorable à la reconnaissance des droits collectifs. Mais cette ouverture est vite relativisée puisque, dans le même arrêt, la Cour européenne conditionne les pratiques religieuses « collectives » au respect de l'ordre public national des Etats. Dans le cas français, cela revient à « concilier » liberté de culte et principe de laïcité, c'est-à-dire à une règle déjà établie en novembre 2004 par le Conseil constitutionnel et qui laisse peu de place à l'expression de la dimension collective de la liberté de religion.

Il semble bien, en définitive, que l'on soit peu à peu passé d'une neutralité négative de l'Etat - position d'abstention - à une neutralité positive autorisant les pouvoirs publics à disqualifier telle ou telle pratique religieuse au nom du respect de l'ordre public. Dans l'arrêt du 27 juin 2008, ni la liberté de religion ni l'ordre public ne sont expressément visés : la première n'est pas niée en l'espèce puisque le décret attaqué, comme le rappelle le Conseil, « n'a ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté religieuse de l'intéressée », qui pourra continuer à suivre les mêmes, ce qu'il lui sera, cependant, impossible de faire en tant que Française ; quant à l'ordre public, il ne pouvait être invoqué ici du fait qu'il n'existe pas de législation ou de jurisprudence sur la tenue vestimentaire autorisée ou interdite dans la rue, sauf peut-être, à envisager l'ordre public dans sa dimension dignité humaine en considérant, sur la base des conclusions du commissaire du gouvernement, que le comportement de Mme M. s'analyse comme un manquement grave à sa propre dignité humaine, ce qui rend possible le trouble à l'ordre public. C'eut été forcer le trait et rien dans la décision n'incite à imaginer pareille lecture. Les craintes de dérive ne sont pas levées pour autant puisque l'arrêt nous dit bien ce qui, dans la pratique d'une religion, fait obstacle à l'assimilation et légitime, par suite, le refus d'accueillir l'étranger qui le demande parmi les membres de la nation. En cela, il fait bien oeuvre normative puisque désormais l'autorité administrative pourra, sur le fondement de cet arrêt, motiver un refus d'octroi de la nationalité française pour défaut d'assimilation à toute personne dont elle jugera excessive la pratique religieuse. La crainte que d'autres domaines que celui de la nationalité puissent être concernés à leur tour est réelle. On est bien là dans la consolidation de l'approche législative et juridictionnelle récente autorisant les pouvoirs publics à apprécier la nature et la valeur de pratiques religieuses pour en tirer argument juridique. Gageons que cet arrêt, prononcé à l'ombre de l'été, laissera des traces indélébiles dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Liberté de culte * Pratique religieuse * Naturalisation ETRANGER * Naturalisation * Liberté de culte

(1) L'arrêt rendu par CEDH 5 avr. 2007, *Eglise de scientologie c/ Russie*, condamnant cet Etat pour violation de l'article 11 combiné à l'article 9 de la Conv.EDH, ne manque cependant pas de jeter le trouble même si sa motivation première n'est pas la reconnaissance de la scientologie en tant que religion mais les manoeuvres dilatoires de l'administration russe pour refuser d'immatriculer de nouveau ce mouvement au registre des religions.