

Les relations entre l'Etat et les cultes : les idées du Doyen Hauriou et leur application à l'épreuve du temps.

On commémorera en 2029 le huitième centenaire de la création de l'Université de Toulouse et le centenaire de la mort de l'une de ses plus illustres figures : le Doyen Maurice Hauriou. Le « maître de Toulouse » continue à inspirer les juristes qui voient en lui, une « figure tutélaire, ayant réussi à forger une théorie du droit public complète et cohérente, ouvrant des perspectives sur les évolutions institutionnelles et juridiques futures.¹ » Sur ce père fondateur du droit public, ses controverses avec Léon Duguit, sur son œuvre pionnière et sa postérité, les études sont nombreuses² et l'intérêt ne faiblit pas³.

Le caractère visionnaire de la pensée du Doyen Hauriou s'applique à bien des domaines, qu'il s'agisse de la science sociale, du droit administratif ou du droit constitutionnel. Il s'applique aussi au domaine si sensible dans notre pays de la laïcité et de la liberté religieuse. Face aux différentes conceptions de la laïcité qui ont pu se développer dans notre pays⁴, la pensée de Maurice Hauriou, à la fois sociologue, historien et juriste est annonciatrice d'une conception apaisée de la laïcité. Ses idées, qui se situent clairement du côté de la pensée catholique libérale, préfigurent une conception équilibrée de la laïcité qui, loin d'être antagoniste avec la liberté religieuse permet son respect, conformément à l'esprit de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat et de l'application libérale du Conseil d'Etat. Le Ministère de l'Intérieur, dans son code de la laïcité⁵ qui recense les textes juridiques applicables en la matière, a d'ailleurs confirmé cette conception.

Après avoir rappelé l'esprit des principales interventions de Maurice Hauriou sur ces questions (I), nous essaierons de voir comment la conception qu'il a prônée dans les

¹ J-M.BLANQUER, notice Hauriou in *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle*, sous la direction de Patrick ARABEYRE, J-L. HALPERIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2007, p. 398.

² On peut se reporter à la bibliographie citée à la fin de sa notice du *Dictionnaire historique des juristes français* ainsi qu'à C. JAVANAUD in *Les facultés de droit de province au XIXe siècle, Bilan et perspectives de la recherche*, sous notre direction, colloque Toulouse, 2008, Publications de l'Université de Toulouse 1 Capitole, Tome 2, 2011, p. 185-196.

³ On citera, en particulier pour compléter cette bibliographie : J. BARROCHE, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2/2008, N° 28, p. 307-335, N. FOULQUIER, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n°2, mars 2009, et in N. HAKIM et F. MELLERAY, « Le renouveau de la doctrine française », *Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 281-306, P.-Y. CHICOT, « La notion d'ordre social dans la pensée de Maurice Hauriou : Contribution à l'étude de son œuvre », *Revue française de droit administratif*, n° 3, 2009, p. 419-432, R. TEYSSIER, Maurice Hauriou, *Ecrits sociologiques* », *Archives de sciences sociales des religions*, 148, , octobre-décembre 2009, G. SACRISTE, « L'ontologie politique de Maurice Hauriou », *Droit et société* 2/2011, n° 78, p. 475-480, J. SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, M. TOUZEIL-DIVINA (direction), *Miscellanées Maurice Hauriou*, ouvrage collectif, L'Epitoge, col. Histoire(s), du droit, 2014, C. ALONSO, A.DURANTHON, J. SCHMITZ (sous la direction), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel (s) héritage(s) ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, J-M. BLANQUER, M. MILLET, *L'invention de l'Etat : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015.

⁴ G. BEDOUELLE et J-P. COSTA, *Les laïcités à la française*, Paris, PUF, 1998.

⁵ Ministère de l'Intérieur, *Laïcité et liberté religieuse, Recueil de textes et de jurisprudence*, Paris, Les éditions des Journaux officiels, 2011.

relations entre l'Etat et les cultes a finalement été consacrée sur le long terme (II), en dépit des durcissements que l'on a pu constater ces dernières années.

I-Les prises de position de Maurice Hauriou en matière religieuse :

La carrière universitaire de Maurice Hauriou correspond, en grande partie, à la période où les affrontements ont été vifs entre les gouvernements de la Troisième République et l'Eglise catholique. C'est à l'époque où la République se républicanise qu'il effectue ses études à la Faculté de droit de Bordeaux qui vient d'être fondée⁶, en obtenant sa licence en 1876 et son grade de docteur en droit en 1879. C'est au moment du vote et de l'application des premières lois de laïcisation du gouvernement Ferry sur les congrégations religieuses et l'enseignement public qu'il passe le concours d'agrégation des Facultés de droit qu'il obtient en 1882. Nommé à la Faculté de droit de Toulouse le 1^{er} janvier 1883, à l'âge de vingt-six ans, Maurice Hauriou est d'abord chargé du cours d'histoire générale du droit puis de celui de droit administratif (1888), peu prisé et aux contours incertains. Porteur d'une vision renouvelée du droit qui puise son inspiration à la fois dans la méthode scientifique, l'importance donnée à la science sociale et, pour notre sujet, un attachement viscéral au catholicisme, Maurice Hauriou développe une conception de l'Etat imprégnée de « modération et d'équilibres internes et externes ». Il met en relief le rôle régulateur du juge, ce qui est particulièrement vrai dans la matière sensible des relations entre l'Etat et les cultes. On peut considérer que sa période de maturité débute au moment de l'adoption de la grande loi de 1905, avec la sixième édition de son *Précis de droit administratif* et son accession (1906) au décanat de la Faculté de droit. Après la Grande Guerre, il connaîtra l'époque de l'apaisement des conflits religieux, qu'il avait appelé de ses vœux.

Pour avoir une idée de la pensée de Maurice Hauriou dans le domaine des relations entre l'Etat et les cultes, il faut se tourner vers les notes⁷ qu'il consacra aux arrêts rendus par le conseil d'Etat et le Tribunal des conflits. Au-delà des aspects techniques de ces notes, les introductions et surtout les conclusions permettent à Maurice Hauriou de se poser en observateur attentif de la société française au tournant du siècle. Il en est aussi un acteur car ses commentaires ont une influence certaine sur la jurisprudence administrative. Cette approche peut être complétée par son commentaire de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat⁸ et par les développements qu'il consacra à la police des cultes dans son *Précis de droit administratif et de droit public*⁹.

⁶ M. MALHERBE, *La Faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Presses universitaires de Bordeaux, 1996.

⁷ M. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits (désormais notes d'arrêts) publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928 (1929)*, Paris, La mémoire du droit, 2000, 3 tomes. Il faut se reporter surtout au tome II, police des cultes, p. 649-745.

⁸ M. HAURIOU, *Principes de la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, Larose et Tenin, 1906.

⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e édition revue et mise à jour par André Hauriou aux éditions Sirey (1933) reprise dans la bibliothèque Dalloz (2000) avec une

Durant une trentaine d'années, de 1890 à 1920, Maurice Hauriou se livre donc à une analyse très précise de la jurisprudence rendue en matière religieuse. Nous ne reviendrons pas sur le détail de ces notes d'arrêts que nous avons déjà relaté dans une étude précédente¹⁰ et qui concerne de nombreuses questions : les congrégations religieuses, les œuvres sociales de l'Eglise, le statut des biens d'Eglise...

Nous nous bornerons à rappeler ici les prises de position de Maurice Hauriou concernant le contentieux des cérémonies extérieures du culte qui vise notamment les processions religieuses sur la voie publique, le port du viatique, les convois funèbres. Certains maires anticléricaux ont, en effet, tenté d'utiliser les pouvoirs de police que leur reconnaît la loi municipale du 5 avril 1884 pour s'opposer aux manifestations extérieures du culte catholique. A propos de l'interdiction municipale des cérémonies religieuses sur la voie publique¹¹, Maurice Hauriou approuve le conseil d'Etat qui annule un arrêté du maire prohibant de manière générale l'exhibition sur la voie publique d'emblèmes servant au culte ou interdisant le port du viatique au motif que cette cérémonie peut « effrayer les habitants qui se rendent compte de l'importance de l'immortalité. Il n'est que trop vrai, écrit-il que les préoccupations de police municipale ne sont, le plus souvent, qu'un prétexte pour interdire des processions ou cérémonies religieuses et que le droit est détourné pour réaliser une vexation politique. » Il suggère également de tenir compte des traditions et de distinguer entre les communes où existent des cultes dissidents et là où ils n'existent pas et où donc des troubles à l'ordre public ne sont pas à craindre.

Le port du viatique¹² n'est pas, selon Maurice Hauriou, une manifestation du culte ou une cérémonie religieuse qu'il définit comme « un acte solennel qui s'accomplit en présence et avec participation du public tels que les processions, ou les bénédictions du Saint-Sacrement données en public » Il y a simplement transport du Saint-Sacrement afin que l'on puisse accomplir une cérémonie privée dans une maison privée. Si l'on interdit le port du viatique selon la forme accoutumée, soit on prive le malade d'une dernière consolation, soit on lui impose la dépense d'une voiture fermée, soit on force le prêtre à un transport clandestin comme au temps des persécutions, ce qui est « inadmissible. »

Dès 1896 qui constitue, selon Brigitte Basdevant-Gaudemet, « l'année où il y eut sans doute le plus de conflits entre maires et desservants ¹³», Maurice Hauriou écrit, à propos de l'interdiction des cérémonies religieuses sur la voie publique que

présentation de P.DELVOLLE et F.MODERNE, Se reporter au chapitre : les polices spéciales, particulièrement à la section III. Les polices de la tranquillité publique. La police des cultes, p. 631-657.

¹⁰ Cf notre communication : « Le doyen Hauriou, précurseur de la laïcité apaisée », in *Les facultés de droit de province au XIXe siècle, Bilan et perspectives de la recherche*, op. cit., Tome 2, p. 197-225.

¹¹ HAURIOU, *Notes d'arrêts*, t. II, p. 704-721 ; cf. *Sirey*, 1896, III, p. 7.

¹² *Ibid.*

¹³ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Le Conseil d'Etat et les questions religieuses au XIXe siècle », *Revue administrative*, n° spécial consacré au thème : « Le Conseil d'Etat et la liberté religieuse, deux siècles d'histoire », IVe Journée d'études (27 novembre 1998) dans le cadre du IIe centenaire du Conseil d'Etat, 1999, p. 23.

« toutes ces distinctions, toutes ces arguties, toutes ces subtilités ne sont pas dignes d'un peuple libre. Elles ne résisteront pas ...à la poussée de la démocratie ... qui entraîne la manifestation publique des opinions....Comme la compression universelle est impossible, on sera obligé d'arriver à la liberté pour tous. ¹⁴» Il fait appel au conseil d'Etat qui, selon lui, serait bien inspiré en orientant dès maintenant sa jurisprudence vers les interprétations libérales plutôt que vers les restrictions.

Maurice Hauriou prend donc le parti de considérer que l'infléchissement de la politique religieuse de la Troisième République ne peut se faire que grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Celui-ci doit cultiver une attitude indépendante, conforme à l'Etat de droit. A plusieurs reprises, dans ses notes d'arrêts, Maurice Hauriou met en avant ce rôle d'arbitre et de régulateur que doit jouer le conseil d'Etat. En 1903, au moment du rejet des demandes d'autorisation, il recommande aux congrégations religieuses de s'adresser à la juridiction administrative, « les deux ordres de magistratures présentant les mêmes garanties d'impartialité. ¹⁵ » En 1912, à propos de décisions rendues par le conseil d'Etat entre 1909 et 1911 concernant des œuvres sociales de l'Eglise, notamment des sociétés de secours mutuels ¹⁶, il incite ce dernier à rappeler à l'ordre administratif les bureaux ministériels qui se laisseraient entraîner à des conflits d'idées contestables au lieu de rester au-dessus des partis. Dans le commentaire des arrêts relatifs à la commune de Saint-Blancard ¹⁷, il loue « l'esprit politique » de la haute juridiction administrative.

Cette indépendance du conseil d'Etat n'allait pas de soi à l'époque. Conçu dès ses origines napoléoniennes comme un organe du gouvernement ¹⁸, le Conseil d'Etat, tout en attirant à lui les meilleurs juristes, a épousé les opinions politiques des nombreux gouvernements qu'a connus la France au XIXe siècle. ¹⁹ Le jeu des nominations, des promotions, des liens avec les cabinets ministériels, les démissions, les épurations ont conduit à une docilité certaine. C'est ainsi qu'après la victoire des Républicains aux élections d'octobre 1877, une vague d'épuration sans précédent s'est abattue sur le Conseil d'Etat dans la période 1877-1879 ²⁰. Pour autant, le Conseil d'Etat fait preuve d'une certaine retenue, conscient qu'il ne faut pas aller trop loin dans une politique qui pourrait s'apparenter à une oppression religieuse alors que les souvenirs de la Révolution française sont bien présents.

¹⁴ HAURIOU, *Notes d'arrêts*, Tome II, p. 721.

¹⁵ *Sirey*, 1904, III, p.17-25.

¹⁶ HAURIOU, *Notes d'arrêts*, Tome II, p. 652-661 ; Cf *Sirey*, 1912, III, p. 17.

¹⁷ *Ibid.*, p. 692.

¹⁸ Cf l'article 52 de la Constitution de l'an VIII qui évoque le rôle du Conseil d'Etat dans le titre IV : Du gouvernement.

¹⁹ A. LECA, « L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de culte (1879-1914) », in *Christianisme et politique dans le Tarn sous la Troisième République*, Actes du colloque d'Albi (19 et 20 janvier 2000), Textes rassemblés par P. NELIDOFF et O. DEVAUX, Centre albigeois d'histoire du droit et des institutions, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2000, p. 145-162.

²⁰ P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, Ed. du Seuil, 1990, p. 75-77, R. BOUCHERY et J-P. MACHELON, « L'épuration républicaine : 1870-1871 (Siège et Parquet) ; 1872-1882 (Parquet) », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Paris, Ed. Loysel, 1994 (Histoire de la justice n°6), p. 69-86.

Dans ses notes d'arrêts, Hauriou adopte toujours une ligne équilibrée. S'il n'hésite pas à critiquer certaines lois, en particulier pour leur origine révolutionnaire, ainsi pour les mesures d'expulsion des membres des congrégations religieuses, il rappelle que « force doit rester à la loi²¹ », que « les lois ne sont pas faites pour être violées²² » et que la voie jurisprudentielle permet d'élargir le champ de certaines exemptions par souci d'une plus grande conformité entre la loi et l'état de la société. Dans la célèbre affaire « Abbé Bouteyre » (10 mai 1912), il reconnaît que le Conseil d'Etat a raison d'admettre la possibilité pour le Ministre de l'instruction publique de refuser d'agréeer la candidature d'un ecclésiastique à l'agrégation de philosophie au motif que l'enseignement secondaire public est laïcisé mais il pense que l'incompatibilité visant tout une catégorie de citoyens, il faudrait une disposition générale sous la forme d'un décret pour établir cette incompatibilité et qu'en attendant, le conseil d'Etat devrait annuler, pour excès de pouvoir, toutes les décisions ministérielles individuelles²³.

Après l'adoption de la loi de séparation de 1905, Maurice Hauriou se range résolument du côté de ceux qui souhaitent non de nouveaux affrontements mais le compromis. Il considère, en 1909, que « la pacification religieuse...ne peut plus être fondée que sur l'interprétation libérale de la loi de 1905 ». A propos des manifestations extérieures du culte, il note que « les décisions nouvelles sont dues à la loi de 1905 et que, sans elle, les progrès auraient été plus lents. Il approuve donc l'esprit de compromis de la loi qui est de nature à fonder la liberté des cultes, de même que l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes qui prévoit qu'« à défaut d'association cultuelle, les édifices affectés à l'exercice du culte, (ainsi que leurs meubles) continueront... à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion. » Selon lui, « liberté des cultes, séparation, cela entraîne comme conséquence logique la condamnation d'un certain anticléricalisme.²⁴ » La loi de 1905 a donc opéré une sorte de détente dans les relations entre l'Eglise catholique et l'Etat qu'il convient d'accentuer encore par une application souple et pragmatique de la loi. Tel est le cas en matière de subvention aux cultes. L'interdiction posée par l'article 2 n'est pas absolue. En dehors de la question des aumôneries religieuses visées par la loi, il relève en 1912 que sur plusieurs points on s'oriente vers la souplesse : « les loyers des presbytères, s'ils sont exigés, sont souvent infimes. Les communes participent aux dépenses de conservation et d'entretien des édifices du culte. » Il appelle de ses vœux pour « la bonne renommée de la loi de séparation elle-même que l'on s'oriente vers la jouissance gratuite des presbytères et l'autorisation municipale de l'abonnement du casuel.²⁵ »

²¹ HAURIOU, *Notes d'arrêts*, Tome II, p. 61.

²² *Ibid.*, p. 694.

²³ *Ibid.*, p. 662-669.

²⁴ HAURIOU, *Notes d'arrêts*, Tome II, p. 725-728.

²⁵ *Ibid.*, p. 694.

Durant la Grande Guerre, des arrêtés préfectoraux interdiront l'association d'emblèmes religieux (images du Sacré-Cœur) aux trois couleurs du drapeau national. Plusieurs arrêts rendus par le conseil d'Etat (10 août 1917) donnent l'occasion au commissaire du gouvernement Corneille de rappeler la règle d'or selon laquelle « toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception. Il propose ensuite un certain nombre de distinctions. Pour les églises, il considère qu'en raison de la règle de l'affectation, toute la réglementation intérieure, toute l'ornementation de l'édifice relèvent de l'affectataire et que la surveillance de police ne peut s'exercer que s'il y a dérive par rapport à l'objet religieux. Quant à l'emblème tricolore du Sacré-Cœur, il doit être considéré comme symbolisant l'union du sentiment religieux et du sentiment patriotique, particulièrement souhaitable en période de guerre et d'union nationale. » Maurice Hauriou approuve le libéralisme de ces arrêtés. « Doivent donc rester sous l'empire de la liberté complète, le port individuel d'insignes ou d'emblèmes religieux associés aux couleurs nationales ainsi que leur exhibition ou manifestation collective dans un édifice religieux. Restent sous l'empire de la police et peuvent donc être interdits le port, l'exhibition ... d'insignes ou emblèmes associés aux couleurs nationales en vue d'une manifestation collective qui a lieu sur la voie publique ou un édifice qui la prolonge. ..Dans l'état normal d'une nation, toutes les opinions qui convergent vers le patriotisme doivent être associées. Ce phénomène de convergence entre les sentiments religieux et les sentiments patriotiques s'est produit avec éclat pendant la guerre....Seuls peuvent s'en étonner ceux qui ignorent que les nations sont des formations essentiellement religieuses. ...Notre état social a été faussé par l'anticléricalisme qui est une doctrine antinationale... Qu'en pleine guerre et en temps d'union sacrée, il se soit trouvé des préfets pour prendre de tels arrêtés... prouve malheureusement que les préoccupations nées de l'anticléricalisme l'emportent (encore) sur les préoccupations (patriotiques). La crainte d'un trouble à l'ordre public ne tient pas debout et ne sert qu'à masquer une ...phobie religieuse. Ce n'est pas l'emblème associé au drapeau qui a de l'importance, c'est le drapeau. L'églantine rouge ne serait pas le drapeau rouge ; le Sacré-Cœur associé au drapeau tricolore n'est pas le drapeau blanc. ²⁶»

Sincèrement catholique et républicain à une époque où cela n'allait pas de soi, Maurice Hauriou échappe aux classifications réductrices. Positiviste catholique, comme il le revendique lui-même²⁷, pionnier sur bien des questions, à la fois suspect aux conservateurs intransigeants et aux progressistes, Maurice Hauriou est un juriste de l'équilibre, fondamentalement épris de liberté, rétif à tout enfermement dans un groupe bien identifié. Né sous un Second Empire, que l'on est en train de redécouvrir²⁸, marqué par la crise morale liée à la défaite de 1870 contre la Prusse, il est l'un des acteurs majeurs du renouveau intellectuel de la France sur les bases

²⁶ *Ibid.*, p. 731-745.

²⁷ HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e édition, 1916.

²⁸ Comme en témoigne l'exposition actuelle au musée d'Orsay : « Spectaculaire second Empire 1852-1870 » jusqu'au 15 janvier 2017.

solides de l'Etat de droit, de la famille, des libertés publiques et de l'humanisme chrétien. A l'écart des cercles de juristes catholiques monarchistes fortement représentés dans les Facultés libres de droit²⁹, dans l'association des juristes catholiques³⁰ fort active entre 1880 et 1905, dans la *Revue catholique des Institutions et du Droit*³¹ ou dans l'Action française³². Il ne participe pas au 41^e Congrès national des juristes catholiques³³ qui se tient à Toulouse du 23 au 24 octobre 1924. Il ne fait partie du groupe des trois juristes catholiques consultés en avril 1923 par le gouvernement Poincaré sur la légalité des statuts préparés en vue de la constitution d'associations culturelles catholiques diocésaines acceptés par le Pape Pie XI.³⁴ Sa proximité avec le mouvement du Sillon de Marc Sangnier est discutée³⁵. Il est, par contre indiscutable que les idées libérales de Maurice Hauriou ont inspiré une application équilibrée de la loi de 1905.

II- La postérité des idées de Maurice Hauriou en matière religieuse :

Sur le long terme, les réflexions de Maurice Hauriou n'ont pas toutes donné lieu à une réalisation concrète.

Maurice Hauriou n'hésite pas à se placer sur le terrain politique. Il considère que les excès de la politique anticléricale des gouvernements de la Troisième République, surtout dans la période qui précède l'adoption de la loi du 9 décembre 1905, conduiront à l'émergence d'un « parti populaire catholique »³⁶ qui fera long feu. Il pense également que dans la très grande majorité des communes françaises qui sont rurales et de petite taille, où les majorités électorales tiennent à un petit nombre de voix, il y aura une forte pression des populations dont il faudra tenir compte pour demander non des choses nouvelles, mais le maintien des pratiques antérieures issues du régime concordataire³⁷, c'est-à-dire concrètement la participation des municipalités aux frais du culte à travers l'entretien des églises, la gratuité de la mise à disposition des presbytères aux desservants, l'abonnement au casuel là où les traditions existaient. Ces vœux ne seront pas tous exaucés. Il en fait également une question de libertés municipales qu'il défend contre les ingérences préfectorales, à une époque de forte tutelle sur les budgets municipaux.

²⁹ F. AUDREN, « La Belle époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, Picard, n° 28, 2^e semestre 2008, p. 233-271.

³⁰ Sur le Comité des juristes catholiques, nous signalons la thèse en cours (sous notre direction) de R. SUTRA.

³¹ C. FILLON, « La Revue catholique des institutions et du droit, Le combat contre-révolutionnaire d'une société de gens de robe (1873-1906) » dans H. LEWERS, *Elites et sociabilités au XIX^e siècle. Héritages, identités*, Villeneuve d'Ascq, Centre de recherche sur l'histoire de l'Europe du Nord-Ouest, Lille 3, 2001, p. 199-218.

³² S. BOIRON, « L'Action française et les juristes catholiques », *op.cit.*, p. 337-367.

³³ F. AUDREN et M. MILET, *Ecrits sociologiques de Maurice Hauriou*, Bibliothèque Dalloz, 2008, préface p. XLI, note 2.

³⁴ Encyclique Maximam Gravissimamque du 18 janvier 1924.

³⁵ F. AUDREN et M. Milet, *Ecrits sociologiques de Maurice Hauriou*, *op. cit.*, préface, p. XXXVI, note 1.

³⁶ HAURIOU, *Notes d'arrêts*, Tome II, p. 721.

³⁷ *Ibid.*, p. 691-699.

Pour beaucoup de catholiques qui vécurent ce temps d'épreuves, la rupture du régime concordataire était difficile sinon à concevoir, du moins à admettre. Ce régime concordataire était le système traditionnel qui régissait les relations entre l'Eglise catholique, religion d'Etat, avant la Révolution puis très dominante, même si le concordat de 1801 n'avait retenu que l'expression de « religion de la grande majorité des citoyens français³⁸ ». Avant comme après la Révolution, si l'on met à part la période troublée comprise entre l'adoption de la constitution civile du clergé en 1790 et celle du concordat napoléonien maintenu par tous les régimes politiques jusqu'en 1905, le régime considéré comme naturel de la France « fille aînée de l'Eglise » était bien celui du concordat. Ce système concordataire marquait lui-même un point d'équilibre entre le pouvoir politique temporel en France de nature foncièrement gallicane et l'autorité pontificale, par définition spirituelle et universelle. Maintenu pour des raisons historiques liées à l'attachement des populations à leur droit local, dans les trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, le régime concordataire, à l'origine d'un droit local original, garde toute sa place dans le droit positif des cultes³⁹. Maurice Hauriou considère que la loi du 9 décembre 1905 « a modifié gravement les relations qui existaient entre la société civile et les différentes Eglises depuis le début du XIXe siècle, en vertu de la législation concordataire⁴⁰ » La suppression du financement direct des cultes par la puissance publique nécessitera la prise en charge financière de chaque culte par les fidèles. Cette loi lui apparaît comme « une de ces fatalités de la politique contre lesquelles on ne peut rien ou du moins contre lesquelles seul un mouvement d'idées à très longue échéance pourrait quelque chose, étant donné la masse électorale énorme à remuer.⁴¹ » Force est de constater que la loi de 1905, dans ses principes, est devenue la clé de voute du système français de laïcité, un système dont la flexibilité a permis la pérennité.

S'il y a incontestablement un versant libéral et un versant conservateur dans sa pensée, il faut souligner le caractère clairvoyant des idées de Maurice Hauriou en ce qui concerne les relations entre l'Etat et les cultes qu'il fait reposer sur une indépendance réciproque et un équilibre entre libertés publiques et préservation de l'ordre public dont l'Etat est le garant. Ce faisant, il développe une conception d'essence libérale d'où son attachement aux limitations nécessaires de la puissance publique. Sur le long terme, il voit que la portée de la loi de séparation de 1905 consistera essentiellement en une double suppression : « celle du budget des cultes et celle des interventions gouvernementales dans les nominations ecclésiastiques⁴². » Il voit également que le conseil d'Etat jouera un rôle majeur dans le sens de l'interprétation libérale de la loi de 1905 permettant la paix sociale qui est la fin ultime du droit.

³⁸ Cf préambule du concordat du 15 juillet 1801.

³⁹ L'élection récente (13 décembre 2016) du Père M. Deneken, ancien Doyen de la Faculté de théologie et ancien premier vice-président de cette Université à la présidence de l'Université de Strasbourg n'est pas directement liée à l'application du système d'origine concordataire en Alsace-Moselle.

⁴⁰ HAURIOU, *Notes d'arrêts*, Tome II, p. 662-669.

⁴¹ *Ibid.*, p. 692.

⁴² *Ibid.*, p. 695.

C'est certainement sur cette question : le rôle de la jurisprudence administrative pour affiner le régime français du droit public des cultes autour d'une interprétation libérale des principes posées par la loi de Séparation de 1905, elle-même fruit d'un compromis auquel participa grandement son rapporteur Aristide Briand, que Maurice Hauriou a été le plus clairvoyant. Tout en faisant preuve d'un profond respect pour la loi, Maurice Hauriou est hostile par principe aux empiétements de l'Etat sur les libertés publiques. Il appelle de ses vœux les interventions du Conseil d'Etat pour développer une jurisprudence libérale de nature à garantir le respect de la liberté religieuse dans la pratique des cultes dans un pays comme la France épris de liberté.

Ses appels ont été entendus et il nous paraît indubitable que le Conseil d'Etat a mené depuis plus d'un siècle une véritable politique libérale en matière de droit des cultes qui a conduit à une pacification des esprits. Il l'a fait, conformément au vœu du législateur de 1905, par son rôle contentieux et les avis rendus à la demande du gouvernement⁴³.

On se bornera à prendre deux exemples de cette politique libérale menée par le Conseil d'Etat qui concerne ce que l'on appelle parfois, faute de mieux, les « zones grises de la laïcité » où l'on peut légitimement hésiter sur les solutions juridiques à appliquer.

Premier exemple : le port de signes religieux ostensibles en milieu scolaire et universitaire public. S'il est certain que le principe de laïcité, de valeur constitutionnelle, doit s'appliquer d'une manière générale, on a assisté dans les années 1980 à l'apparition de tenues ou de signes religieux ostensibles en milieu scolaire public, principalement sous la forme du voile islamique, alors que le milieu scolaire public est considéré classiquement comme un espace religieusement neutre. A la demande du Ministre de l'Education nationale, le Conseil d'Etat a donné, en 1989⁴⁴ un avis nuancé selon lequel le seul fait de porter un signe religieux même ostensible à l'école publique, en l'absence de tout fait de prosélytisme n'était pas incompatible avec le principe de laïcité et donc n'était pas de nature à prononcer l'exclusion de l'élève de l'établissement, dans le cadre d'une procédure disciplinaire. Cette exclusion est une décision qui présente un caractère de gravité. Elle n'est possible que s'il existe une autre modalité d'instruction de l'élève, soit dans la famille, soit dans l'enseignement privé, soit par le biais d'un enseignement à distance. Renvoyant aux règlements intérieurs des établissements scolaires, le Conseil d'Etat considère, par ailleurs qu'il faut procéder à une analyse in concreto de la situation et que des limites à l'expression ou à la manifestation religieuse des croyances peuvent être posées, dès lors qu'il y aurait pression, provocation, prosélytisme, propagande, risque d'atteinte aux règles d'hygiène et de sécurité, non-respect de l'obligation d'assiduité ou perturbation du service de l'enseignement, atteintes à l'ordre public. Par ailleurs, dans la même logique libérale, le conseil d'Etat a admis que des

⁴³ CE, *Rapport public 2004, Jurisprudence et avis de 2003, Un siècle de laïcité*, La documentation française, Etudes et Documents, N° 55, p. 241-479.

⁴⁴ CE, avis du 27 novembre 1989, cf *Un siècle de laïcité, Op. cit.*, p.338-339.

distinctions pouvaient être opérées par voie de simple circulaire⁴⁵ entre les signes religieux discrets et des signes religieux ostentatoires qui peuvent être considérés en eux-mêmes comme des éléments de prosélytisme ou de discrimination. Au contentieux, ces indications ont été suivies dans les années 1990.⁴⁶ Adoptant une position plus sévère, le législateur a fait évoluer la question en adoptant, à la suite des deux rapports Debré et Stasi, la loi du 17 mars 2004 qui interdit aux élèves de porter des signes religieux manifestant ostensiblement leur appartenance religieuse. Même si la circulaire du 18 mai 2004 prend le soin d'organiser une procédure de dialogue, il est certain qu'une logique d'interdiction l'a emporté et a entraîné la disparition de ces tenues dans l'espace scolaire public. La loi étant une loi d'interdiction, elle doit faire l'objet d'une application stricte. Elle ne s'applique pas aux personnels de l'enseignement public qui sont soumis à l'obligation de réserve. Elle ne s'applique pas aux élèves de l'enseignement privé même associé par contrat au service public de l'enseignement public, en vertu du caractère propre de ces établissements qui est, le plus souvent, le caractère catholique. Elle ne s'applique pas, non plus, aux aumôniers. La question qui s'est posée ces dernières années est celle des parents qui accompagnent des voyages ou sorties scolaires, en particulier dans les écoles primaires où les parents sont plus présents que dans le niveau secondaire et alors même que le Ministère de l'Éducation nationale insiste depuis quelques années sur la notion de « co-éducation » entre les parents et le service public de l'enseignement. Le tribunal administratif de Montreuil⁴⁷ avait décidé, en 2011, que le principe de laïcité de l'enseignement public pouvait justifier d'une interdiction faite aux parents d'élèves. La circulaire Châtel du 27 mars 2012⁴⁸, qui a été maintenue après le changement de majorité politique jusqu'à ce jour, « recommande de rappeler dans le règlement intérieur que les principes de laïcité de l'enseignement et de neutralité du service publics sont pleinement applicables au sein des établissements scolaires publics. Ces principes permettent notamment d'empêcher que les parents d'élèves ou tout autre intervenant manifestent, par leur tenue ou leurs propos, leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques lorsqu'ils accompagnent les élèves lors des sorties et voyages scolaires. » La charte de la laïcité à l'École⁴⁹ mise en application à la rentrée de septembre 2013 n'a pas repris cette interdiction. L'application de cette circulaire, qui suppose beaucoup de délicatesse et de sens du dialogue de la part du personnel enseignant, parfois démunis face aux réactions suscitées par les questions d'expression religieuse dans

⁴⁵ Circulaire Bayrou du 21 septembre 1994. Cf CE, 27 novembre 1996, Ligue islamique du Nord et époux Chabou et autres, rec.p. 461.

⁴⁶ CE, 2 novembre 1992, M. Kerouaa et autres, rec. p. 389 ; 14 mars 1994, Melle Yilmaz, rec., p. 129 ; 10 mars 1995, époux Aoukili, rec. p. 122 ; Ass. 14 avril 1995, Koen, rec. p. 168 ; CE, 10 juillet 1995, Association « Un Sysiphe », rec. p.292, 27 novembre 1996, M. et Mme Naderan, rec. p.463 ; 9 octobre 1996, Ministre de l'Éducation nationale c/ Melle Unal ; 27 novembre 1996, M. et Mme Jeouit ; époux Wissaadane et époux Chedouanne, rec. p. 463 ; 10 mars 1997, Ministre de l'Éducation nationale c/ Melle Al Atyaoui.

⁴⁷ TA Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015, *AJDA* 2012, 163, note S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Ibid*, 2011, 2319, *D.* 2012, 72, note A. L. GIRARD, *ACJT*, 105, obs. P. ROUQUET.

⁴⁸ Circulaire n°2012-056 du 27 mars 2012.

⁴⁹ Charte de la laïcité publiée par le ministère de l'Éducation nationale le 9 septembre 2013.

l'espace public, a pu générer des contentieux. Certaines juridictions administratives ont pris le parti de mettre en avant la notion de collaborateur occasionnel du service public appliqué aux parents d'élèves pour justifier cette interdiction. Par la voie d'un avis rendu le 23 décembre 2013, le conseil d'Etat n'a pas suivi cette solution et considère que les parents d'élèves ne sont ni des agents publics, ni des collaborateurs du service public mais des usagers. Le tribunal administratif de Nice⁵⁰ a mis en œuvre cette analyse en décidant qu'il n'est pas possible de poser une interdiction générale qui s'appliquerait aux parents d'élèves, ce qui revient à faire une appréciation au cas par cas et à demander aux enseignants concernés d'apprécier si le fait de porter de tels signes est, dans le contexte social local, de nature à perturber le fonctionnement du service public de l'enseignement ou de créer des troubles à l'ordre public. Les questions liées à la laïcité se sont également posées dans l'enseignement supérieur. Il faut ici tenir compte de plusieurs éléments qui nous apparaissent décisifs. D'abord le fait que les étudiants sont majeurs, contrairement aux élèves de l'enseignement secondaire et donc aptes à exercer leur discernement, en « âge de juger »⁵¹. D'autre part, même si l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 affirme le caractère laïc du service public de l'enseignement supérieur, l'Université française est et doit rester un espace de liberté d'expression et de recherche, elle-même consubstantiellement liée à vie de l'esprit. Enfin, les problèmes qui ont pu se poser à l'Université ne doivent pas être exagérés. Les étudiants font preuve sur ces questions de beaucoup de maturité et d'esprit de tolérance. L'Université est capable d'anticiper certaines questions telles que la prise en compte des principales fêtes religieuses pour les épreuves écrites des examens. Il faut donc se méfier de l'effet de loupe qui a pu être provoqué par certaines affaires sur-médiatisées. La question la plus sensible a été celle du port par certaines étudiantes du voile islamique. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer, en 1996, sur cette question portée devant lui par la voie contentieuse⁵². Nous avons pu suivre directement cette affaire qui divisa la communauté universitaire puisque nous étions, à cette époque, en poste à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l'Université Lille II. Le Doyen de la Faculté de droit avait reçu un tract anonyme menaçant une intervention directe de certains étudiants s'il ne prenait pas de disposition pour exclure de la Faculté un petit nombre d'étudiantes qui portaient sur le campus le voile islamique. Par délégation du Président de l'Université, un arrêté avait été pris en ce sens interdisant l'accès aux locaux aux étudiantes portant le foulard islamique, en invoquant des considérations d'ordre public, ce qui avait entraîné un recours administratif. En l'espèce, le conseil d'Etat a annulé la mesure d'interdiction pour défaut de base légale, au motif qu'il n'était pas prouvé que le doyen fût dans l'impossibilité d'assurer le maintien de l'ordre public avant de prendre un arrêté d'interdiction lourd de conséquences pour les intéressées. Depuis lors, la Conférence des Présidents d'Universités a eu l'occasion de dresser un inventaire

⁵⁰ TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386.

⁵¹ C'est ce que disait déjà le commissaire du gouvernement Helbronner dans ses conclusions sur le célèbre arrêt CE, 10 mai 1912, n°46027, Abbé Bouteyre, Rec, p. 553.

⁵² CE, 26 juillet 1996, Université de Lille II, n° 170106, Rec, p.915.

des questions liées à la laïcité⁵³ qui ont pu se poser et, en confrontant les pratiques, de prôner, avec un éclairage concret et opérationnel, des solutions qui nous paraissent équilibrées. Ce sont des solutions de bon sens, à la fois bienveillantes à l'égard d'étudiants qui mettent en avant une raison religieuse pour demander le report d'un examen oral ou obtenir un local pour des activités d'aumônerie mais également soucieuses du pluralisme religieux et d'éviter toute discrimination. Bien entendu, elles doivent être compatibles avec le fonctionnement normal du service public de l'enseignement supérieur, ce qui implique l'interdiction de tout prosélytisme, de toute pression, de toute perturbation des enseignements ou des examens, de toute contestation de la mixité. Les règlements intérieurs doivent être utilisés pour traiter concrètement ces questions. Depuis quelques années, dans un contexte qui s'est progressivement tendu, le débat sur l'interdiction des signes religieux à l'Université a été relancé. Les avis sont partagés⁵⁴ et il nous semble qu'une solution libérale doit être conservée en l'absence de troubles avérés à l'ordre public.

Le second exemple de cette « jurisprudence » de conciliation développée par le Conseil d'Etat sera celui du financement des édifices ou d'activités cultuelles. Le point de départ est simple : l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 pose un principe de suppression de toute subvention publique aux cultes, sous réserve des dispositions concernant les aumôneries. Il en résulte logiquement que tous les édifices cultuels construits après 1905 doivent être financés par les fidèles. La réalité est plus complexe puisque le système de l'affectation prévoit que l'Etat ou les communes, propriétaires de la majeure partie des édifices cultuels antérieurs à 1905, peuvent concourir aux dépenses de conservation et d'entretien de ces édifices. L'article 19 de la loi de 1905 prévoit que « ne sont pas considérées comme subventions les sommes allouées pour réparations aux édifices affectés au culte public... » Par ailleurs, l'inscription de certains de ces édifices et/ou de leur mobilier à l'inventaire des monuments historiques justifie également certaines dépenses pour des raisons culturelles et artistiques évidentes. Il en résulte, de facto, une disparité entre les religions implantées anciennement sur le territoire métropolitain et les autres d'apparition plus récente telles que la religion musulmane. Les juristes ont fait preuve d'imagination avec le système des baux emphytéotiques ou des garanties d'emprunts accordées par des personnes publiques à des associations religieuses. Par ailleurs, le conseil d'Etat a développé ces dernières années la notion d'« intérêt public local » qui permet de rendre possibles de la part de collectivités territoriales certaines participations matérielles ou financières à des projets, même s'il y a un certain en rapport avec un culte. Cette notion apparait dans cinq arrêts d'assemblée rendus par le conseil d'Etat le 19 juillet 2011⁵⁵. C'est ainsi que la Haute juridiction

⁵³ CPU, Guide intitulé *Laïcité et Universités*, 2004 actualisé en septembre 2015 : *La laïcité dans l'enseignement supérieur*.

⁵⁴ Voir notamment : E. TAWIL, *La Croix*, 13 août 2013, AJDA 2015, p. 545, E. AUBIN, *AJDA*, n° 17/2015, 18 mai 2015, p. 953.

⁵⁵ CE, 19 juillet 2011, commune de Trélazé, n°308544 ; Fédération de la libre pensée et d'action sociale du Rhône, n°308817 ; communauté urbaine du Mans- Le Mans Métropole, n°309161 ; commune de Montpellier, n°313518 ; Mme P. Vayssière, n° 320796.

administrative considère comme justifié le financement d'un orgue placé dans une église dans la mesure où il est accessible, à certains moments de la semaine aux élèves de l'école municipale de musique (intérêt artistique), d'un ascenseur permettant l'accessibilité d'un édifice du culte (basilique de Fourvière à Lyon) à des personnes handicapées (rayonnement culturel, développement touristique et économique) ou encore d'un abattoir temporaire d'ovins lors de la fête de l'Aïd-el-kébir (salubrité et santé publiques). Le Conseil d'Etat conforte également les dispositions permettant à une collectivité publique de mettre à disposition un bâtiment lui appartenant à des fins de pratique de l'exercice d'un culte, dès lors que cette mise à disposition n'est ni pérenne, ni exclusive ou permettant de conclure des baux emphytéotiques administratifs avec un loyer modique.

Le Conseil d'Etat a considéré que la commune de Lyon a pu régulièrement accorder une subvention à l'association Communauté Sant'Egidio France pour l'organisation à Lyon en septembre 2005 de la 19^e rencontre internationale pour la paix en raison de l'intérêt public local (vie économique du territoire) d'une manifestation attirant plusieurs centaines d'invités et plusieurs milliers de participants, notamment étrangers, alors que la manifestation consistait en un ensemble de tables rondes et conférences consacrées au « courage d'un humanisme de paix » et qu'elle ne comportait pas de célébrations à caractère culturel⁵⁶.

Des communautés monastiques peuvent également bénéficier de certaines aides financières publiques pour adopter des systèmes de chauffage compatibles avec les exigences en matière d'économies d'énergie ou de respect de l'environnement. Ainsi pour l'octroi d'une subvention demandée par la communauté de la chartreuse de Portes à l'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie afin de mettre en place une chaudière automatique à bois déchiqueté.⁵⁷ Même type de décision rendue le même jour par le Conseil d'Etat à l'égard d'une demande de subvention présentée par la communauté des bénédictins de l'abbaye Saint-Joseph de Clairval à la région Bourgogne au titre du programme régional environnement, maîtrise de l'énergie, déchets pour réaliser une étude de faisabilité en vue de l'installation d'une chaudière à bois⁵⁸. Dans les deux cas, il est relevé par le Conseil d'Etat que les demandeurs de ces aides financières ne sont pas des associations culturelles au sens du Titre IV de la loi de 1905 et qu'il existe un intérêt public régional à accorder ce type de participation financière en matière d'économies de l'énergie ou de protection de l'environnement.

La ligne de partage entre subventions aux cultes interdites par l'article 2 de la loi de 1905 et la prise en compte de certains intérêts légitimes distincts d'une orientation culturelle est difficile à tracer de manière très nette. C'est ainsi qu'un coup de frein a

⁵⁶ CE, 4 mai 2012, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône, n° 336462, TA de Lyon, 22 mars 2007, Cour administrative d'appel de Lyon, 21 avril 2009.

⁵⁷ CE, 26 novembre 2012, Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, n° 344379. TA Lyon, 9 décembre 2008, Cour administrative d'appel de Lyon, 17 septembre 2010.

⁵⁸ CE, 26 novembre 2012, Communauté des bénédictins de l'abbaye Saint-Joseph de Clairval, n°344284. TA de Dijon, 9 décembre 2006, Cour administrative d'appel de Lyon, 17 septembre 2010.

été donné par le Conseil d'Etat en 2013 s'agissant de subventions allouées par le Conseil régional du Limousin à certaines communes, confréries ou associations qui prennent en charge, tous les sept ans⁵⁹, les ostensions limousines. A Limoges et dans une quinzaine de communes environnantes, la plupart situées dans le département de la Haute-Vienne, ont lieu de manière traditionnelle, tous les sept ans, des processions de statues et de reliques de saints locaux dans l'espace public. Ces manifestations très anciennes dans leur origine ont, à la fois un caractère religieux (processions, présence du clergé et des fidèles, célébrations religieuses) mais aussi un caractère culturel, touristique, folklorique lié aux traditions⁶⁰ locales, un impact économique positif également. On peut donc hésiter sur le caractère primordial de ces ostensions limousines. A la suite de recours formés par des associations de libres penseurs, le Conseil d'Etat⁶¹ a jugé que ces manifestations avaient essentiellement un caractère cultuel et donc, ne pouvaient bénéficier de subventions de la part de personnes publiques. Selon la Haute juridiction administrative, « les cérémonies des ostensions septennales revêtent, en elles-mêmes, un caractère cultuel alors même d'une part, qu'elles ont acquis un caractère traditionnel et populaire et qu'elles ont aussi un caractère culturel et économique et, d'autre part, qu'en marge des processions, sont organisées des manifestations à caractère culturel ou historique. » Au contraire, le conseil d'Etat a décidé, le 17 février 2016, qu'une collectivité territoriale pouvait valablement utiliser une convention de coopération décentralisée pour participer financièrement à la restauration de la basilique Saint-Augustin d'Hippone située à Annaba (Algérie), opération qui ne peut être considérée comme une subvention au culte mais comme « une contribution à la restauration d'un monument qui s'inscrit dans le patrimoine culturel du bassin méditerranéen. ⁶²»

Il résulte de ces considérations plusieurs réflexions.

D'abord, il est incontestable que le régime du droit français des cultes repose sur une base constitutionnelle et législative solide, à partir de laquelle les situations contemporaines peuvent être traitées du point de vue juridique. Il s'agit, en particulier, de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, de l'article 1^{er} de notre Constitution, de la loi du 9 décembre 1905 qui a posé les principes essentiels : liberté de conscience, liberté d'exercice des cultes, respect de l'ordre public, neutralité de l'Etat. A l'époque récente, les deux lois d'interdiction : celle du 17 mars 2004 interdisant de porter des signes religieux ostensibles aux élèves de l'enseignement public, celle du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁵⁹ Dernières ostensions limousines organisées en 2009 et 2016.

⁶⁰ Ces ostensions limousines ont fait l'objet, en 2013, d'une inscription sur la liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité établie par l'UNESCO.

⁶¹ CE, 15 février 2013, Grande confrérie de Saint-Martial et autres, n° 347049. TA de Limoges, 24 décembre 2009, Cour administrative d'appel de Bordeaux, 21 décembre 2010.

⁶² CE, 17 février 2016, Région Rhône-Alpes, n°368342. Voir AJDA N°7/2016 du 29 février 2016, note de M-C. de MONTECLER.

Il faut souligner ensuite le rôle essentiel du conseil d'Etat dans l'interprétation des textes. Le droit français des cultes procède très largement d'une fabrique prétorienne. Cette dimension n'est pas remise en cause par le développement contemporain de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui renvoie, d'une manière prudente, sur ces questions où il n'y a pas de consensus entre les pays relevant du Conseil de l'Europe, à « la marge d'appréciation des Etats ». Ainsi s'explique la validation de la loi de 2010 sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public⁶³ principalement fondée aussi sur la notion du « vivre ensemble ».

On soulignera enfin que dans la conciliation systématiquement recherchée par le Conseil d'Etat, entre, d'une part, le respect de la liberté religieuse et, d'autre part, le respect de l'ordre public et du principe de neutralité de l'Etat, le Conseil d'Etat a adopté très tôt⁶⁴, sous l'influence décisive de la doctrine, dont Maurice Hauriou a été l'un des principaux représentants, une double attitude. D'abord, une appréciation non idéologique des questions mais « in concreto », en particulier s'agissant des troubles à l'ordre du public. Il a aussi adopté et maintenu une posture libérale qui nous paraît la plus conforme avec la conception que l'on peut se faire de l'Etat de droit. En témoignent les solutions équilibrées adoptées en 2016, sur la question du burkini⁶⁵ et les crèches de Noël⁶⁶, dans un contexte social particulièrement tendu.

Face à la violence aveugle du terrorisme, les seules réponses qui valent en démocratie sont celles de la sagesse du juge et du sursaut des citoyens autour des principes fondateurs de la République, spécialement le principe de fraternité. C'est le socle commun qui doit rassembler croyants et non croyants.

Philippe Nélidoff

Professeur à la Faculté de droit et science politique de l'Université Toulouse Capitole

⁶³ CEDH, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, S.A.S. c/ France.

⁶⁴ Sous la forme de plusieurs arrêts de principe, tel l'arrêt Benjamin, CE, 19 mai 1933, Rec, p. 541 qui s'efforce de concilier, selon les circonstances de chaque espèce, entre les exigences du maintien de l'ordre public et le respect des libertés fondamentales.

⁶⁵ Ordonnance rendue, en référé, par le Conseil d'Etat le 26 août 2016 selon laquelle les modalités de l'accès à une plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public.

⁶⁶ CE, 9 novembre 2016, Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne, n°395122 et n°395523, Fédération de la libre pensée de Vendée. Compte tenu de la pluralité de significations des crèches de Noël qui présentent un caractère religieux mais sont aussi des éléments de décoration profanes, installées pour les fêtes de fin d'année, le Conseil d'Etat juge qu'il faut distinguer deux cas. Dans les bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public, une crèche ne peut être installée sauf si des circonstances particulières montrent que cette installation présente un caractère culturel, artistique ou festif. Dans les autres emplacements publics, compte tenu de leur caractère festif, ces installations sont légales sauf si elles constituent un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse, relevant de l'interdiction posée par l'article 28 de la loi du 9 décembre 1905.

